

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

César Arese

SUMARIO. I. Los poderes intraempresarios. A. Conceptos generales. B. Naturaleza jurídica. C. La unicidad de los poderes de organización y dirección. D. Las proyecciones. II. Expresiones jurídica de los poderes empresariales internos. A. Microsistema normativo. B. Limitaciones codificadas en la LCT. III. Derecho de defensa en el contrato de trabajo. A. El derecho fundamental de defensa. B. El estado de derecho empresario. C. Derecho comparado. 1. Italia. 2. Francia. 4. España. 5. Brasil. D. Los derechos organizativos, directivos y sancionatorios y el derecho fundamental de defensa. E. Recepción jurisprudencial explícita. F. Poder disciplinario. 1. Tesis de la propiedad privada. 2. Teorías contractualistas. 3. Teorías de la organización y dirección laboral. 4. Teorías institucionalistas. 5. Teoría del poder público delegado. G. El Derecho Disciplinario. H. Clases de sanciones contravencionales. 1. Inexistencia de codificación. 2. Clasificación. a) Morales. b) Indirectas y prohibidas. 1) Pérdida de carrera. 2) Modificaciones en el contrato. 3) Pérdidas económicas. 4) Multas. c) Efectivas. 1) Suspensiones. 2) Despido. I. Reglas del debido proceso disciplinario. 1. Previstas en la LCT. a. La expresión de la causa. c. Modalidad. d. Impugnación. 1) Medidas disciplinarias en general. 2) Suspensiones. J. Principios y pautas de debido proceso. 1. Legalidad. 2. Tipicidad. 3. Certeza probatoria, el in dubio pro operario procesal (art. 9 LCT) y norma más benigna. 4. Principio pro homine. 5. Inocencia. a) Enunciado. b) Valor de las confesiones o descargos. c) El valor del silencio. 6. Contradictorio. 7. Regularidad de la prueba. 1) Regla general. 2) Confesionales. 3) Testimoniales. 4) Documentos. 5) Pruebas ilícitas. K. Principios de aplicación e interpretación. 1. Cuadro general. 2. Las reglas esenciales. a) Buena fe y respecto de la bilateralidad de la relación de trabajo. b) Causalidad. c) Razonabilidad. d) Proporcionalidad o adecuación de falta y penalidad. e) Contemporaneidad o inmediatez. f) Non bis in idem, no acumulación de sanciones o singularidad de la punición. g) Gradualidad

o carácter preventivo, ordenador y pedagógico de la penalidad. h) Preservación de la dignidad. i) Igualdad y no discriminación. j) Coherencia de actos propios. L. Injuria y unicidad de la relación hechos-sanción. M. El sumario previo a la sanción. 1. Ámbito estatal. 2. Ámbito privado. a) Régimen general. 1) Antecedentes. 2) ¿Es obligatorio el sumario previo? 3) Sanción cuestionada. 4) Articulación de la acción del art. 66 LCT. 5) Sumario implementado y suspensión precautoria. 6) Previsto en reglas especiales y convencionales. N. El debido proceso laboral administrativo en la doctrina de la CS (caso “Ossa Peña”) Ñ. Derecho de defensa en las comunicaciones. 1. Apercebimientos. 2. Claridad comunicativa e invariabilidad de la causa (art. 243 LCT). 3. Pluralidad de hechos imputados y su prueba. O. Despidos y sanciones represalia por acceso a la tutela judicial. 1. Acción del art. 66 LCT y despido o sanciones posteriores. 2. Despido disciplinario por acciones judiciales. 3. El despido y actos discriminatorios por reclamos administrativos y extrajudiciales. 4. Criterios de valoración. 5. Aseguramiento y protección de la prueba laboral. P. Las renunciaciones y el derecho de defensa. IV. El derecho de resistencia.

I. Los poderes intraempresarios.

A. Conceptos generales.

Con Santi Romano, Umberto Romagnoli afirma que la empresa tiende a organizarse “como un cuerpo separado, como un sistema autocéfalo y autosuficiente”, con un “legislador propio, con un juez propio, un conjunto coordinado de autoridad y engranajes administrativos; un mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines”. E inclusive, muchos no encuentran “nada extraño en el hecho de que el trabajador, atravesando las cancelas de las fábricas, venga sujeto a una ley particular”¹.

Pues de lo que se habla es concretamente, de la organización y dirección interna de la empresa bajo observación del derecho cuando existen en su interior, relaciones de trabajo dependientes. La dependencia a órdenes afecta a la persona del trabajador que se ve obligado a la cumplir individual e insustituiblemente las labores al servicio de otro; no es, por supuesto,

¹ ROMAGNOLI, UMBERTO, La estructura de la empresa, en *Trabajadores y sindicato*, Ed. GPS, Madrid, 2006, p. 13.

un intercambio material o patrimonial, sino personalísimo²; de un poder del hombre sobre el hombre; un *dominus* especial que singulariza al Derecho del Trabajo³. Quién presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino “que se da a sí mismo”⁴.

El ejercicio de las potestades de organización y dirección del empleador en el curso del contrato de trabajo, constituye el núcleo central de los poderes que la relación de dependencia genera sobre la persona e intereses del trabajador⁵. Por ello, no es posible una visión solamente contractualista u obligacional de la cuestión. En realidad, el empleador posee además de facultades o derechos normados, también un “derecho de poder, de carácter jurídico personal”. Por ello, el asunto debe ser observado más como relaciones de poder que de derecho⁶.

La implicación psíquica (moral), física y económica del trabajador dependiente, es uno de los puntos diferenciadores del contrato de trabajo con respecto a otras vinculaciones contractuales de naturaleza privada. La tendencia al reequilibrio de poderes en la relación de trabajo ha sido, y sigue siendo, una de las misiones históricas del Derecho del Trabajo. Esta fácil constatación, lleva de la mano a una lectura completa de la CN en clave laboral. Esa observación no debe obviar que el trabajador es ante todo un ciudadano, exigente de igualdad de condiciones frente a la ley o de libertad personal y de comportamientos⁷, inclusive de opinión y pensamiento, como atributos de su condición humana fundamental, tal como lo quieren el art. 14 bis al proclamar condiciones dignas y equitativas de labor; el art. 16 Constitución Nacional de Argentina que pretende equiparar a todos los ciudadanos y los arts. 3 y 19 de la Declaración Universal de Derechos

2 HUECK, ALFRED y NIPPERDEY, HANS, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 45

3 MARAZZA, MARCO, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 4.

4 SINZHEIMER, HUGO, *La esencia del derecho del trabajo* (1927), en *Crisis económica y derecho del trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, p. 73.

5 ARESE, CESAR, Conflictos ligados al ejercicio de las facultades de organización y dirección, *DT, LXVII, Nro. VI, 2007*, p. 633.

6 SINZHEIMER, HUGO, *Crisis...* op. cit. p. 75.

7 “La expropiación empresariales de los derechos fundamentales de libertad de los trabajadores nace así del lugar común según el cual no tiene relevancia alguna que la estructura de la empresa sea autoritaria y represiva cuando es racional, cuando es funcional a las exigencias de la producción, cuando corresponde por sí misma al interés de la empresa” (Romagnoli, Umberto, *La estructura...* op. Cit. p. 13).

Humanos y los arts. 7 y 13 del Pacto de San José de Costa Rica, referidos a la libertad física y personal y de opinión de los trabajadores.

Desde hace algunos años, se ha glosado un conjunto de objetos jurídicos de protección de “nueva generación” sobre la base del reconocimiento de que el trabajador no sólo tiene una integridad física y psíquica y una fuente de subsistencia implicadas en el contrato de trabajo. También es una persona que tiene sentimientos, opiniones, pensamientos y condiciones adecuadas de trabajo que se deben proteger.

En realidad se trata de la profundización de un histórico orden de ideas laborales. A comienzos del siglo XX, el primer profesor de Derecho del Trabajo de América Latina, Juan Bialek Massé⁸ advirtió que, en definitiva, el trabajo humano y la integridad física de un dependiente no puede ser objeto de un contrato⁹. Decía en 1904: “El código (civil) argentino ha raspado y sustraído de la ley, todo rastro de la esclavitud, todo microbio de aristocracias, y (...) sólo ha quedado de eso la denominación de “locación de servicios” (...); se alquilan las cosas y los esclavos, el hombre libre no puede alquilarse, porque no puede enajenar su libertad, ni ser forzada en su persona a cumplir el contrato con violencia si no lo quiere cumplir (art. 663 (629), Cod. Civil). Esta diferencia por sí misma tan importante y esencial, la base de la libertad

8 Juan Bialek Massé fue designado para dictar la disciplina denominada por entonces “Legislación Industrial y Obrera”, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba en 1907. Redactó el *Informe sobre el Estado de las Clases obreras del interior de la República Argentina* en 1904 que sirvió de sustento para el primer proyecto de código laboral, la Ley Nacional de Trabajo que nunca llegó a aprobarse. Realizó una gran obra jurídica en Derecho del Trabajo, entre la que debe destacarse, a más del *Informe...* el *Tratado de la responsabilidad civil en derecho argentino bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo*, Ed. La Argentina, Rosario, 1904 y *Proyecto de una ordenanza reglamentaria del servicio obrero y doméstico de acuerdo con la legislación y tradiciones de la República Argentina* (Ed. Imp. de Wetzel y Buscaglione, Rosario, 1902). En 2010, la cuatricentenaria Universidad Nacional de Córdoba, le rindió homenaje instalando un busto junto a redactor de la Constitución Nacional, Juan B. Alberdi y del Código Civil, Dalmacio Vélez Sarsfield (ver: Arese, César, El bronce de Bialek Massé, *La Voz del Interior*, 15/8/11 <http://www.lavoz.com.ar/opinion/bronce-bialek-masse>). El autor del presente trabajo, es profesor de la cátedra que fundara Bialek Massé.

9 BIALEK MASSE, J. *Tratado de la responsabilidad civil en derecho argentino bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo*, Ed. La Argentina, Rosario, 1904, p. 236.

humana, está contemplada por otras tan esenciales, aunque de otro orden”¹⁰.

Agregó: “Estando el hombre libre fuera del comercio y, por consiguiente, sus partes y su vida, ellos no pueden ser objeto de contrato”(…)“un contrato que tuviera por objeto hacer salir sabañones en las manos de una mujer sería nulo en nuestro derecho; por ser contrario a la moral y a la ley, ningún beneficio resulta a una persona que otra sufra, si no es un placer perverso; donde no hay interés no hay acción de exigir, y además, de semejante contrato resultaría el compromiso de la salud y de la vida de la persona en sí y por sí misma”¹¹.

Más tarde se advertía que “lograr la dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo”; evitar “que el hombre sea tratado igual que las cosas”¹². No sólo ello, ha tenido y tiene por primera razón de ser la de “civilizar” el poder empresarial lo que, curiosamente, lo legitima¹³. Es decir, detectar y minimizar

10 En *Proyecto de una ordenanza reglamentaria del servicio obrero y doméstico de acuerdo con la legislación y tradiciones de la República Argentina* (Ed. Imp. de Wetzel y Buscaglione, Rosario, 1902), Biale Massé no proponía por entonces una ley de contrato de trabajo sino la reglamentación del art. 1658 (1624) del CC mediante una Ley de 121 artículos que constituía un verdadero código laboral. Se incluía la reglamentación del contrato individual de trabajo, condiciones de seguridad, las huelgas, agencias de conchavo, contrato de aprendizaje, la inspección de trabajo y la seguridad social a través de la Caja de Obreros. Había ya esbozado esta idea: “(...) resulta que tan anacrónico e ilógico es conservar el título de locación se servicios porque el hombre libre no se alquila, ni los servicios son alquilables, porque ellos se dan a la persona que los paga o recibe” (p. 49).

11 BIALET MASSÉ, J. *Tratado...* op. cit. 242. Por entonces el autor sostenía la necesidad de permanecer dentro de la órbita del derecho civil: “El doctor Vélez Sarsfield fijó los rumbos. ¿Por qué ir a buscar en otras razas y en otras tierras lo que será de difícil adaptación al pueblo argentino?”. Inclusive criticó el algún momento la posición autonomista en el Diario La Prensa. El esfuerzo fue desestimado por Alfredo Palacios de forma elogiosa: “Es un loable pero inútil empeño de encajar en el molde de nuestro código, el contenido rectificador y totalmente renovador del nuevo derecho” (*El nuevo derecho*, Claridad, Bs. As. 1927, p. 41). Hay constancias de que luego Biale Massé varió su posición al haber participado en el *Informe sobre el estado de las clases obreras en el interior de la república* de 1904 destinado a apoyar el proyecto de Ley Nacional de Trabajo; defender esa iniciativa en *El socialismo argentino, el espíritu de la Ley Nacional de Trabajo*, Ed. A. Grau, Bs. As. 1904 y al haber aceptado la cátedra de Legislación Industrial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba en 1906. Hay que tener en cuenta que falleció en 1907.

12 SINZHEIMER, HUGO, *Crisis...* pag. 73

13 SUPIOT, ALAIN, *¿Por qué un derecho del trabajo?*, Documentación Laboral, Nro. 33, 1993, 1, p. 19.

los “poderes salvajes” como los llama Ferrajoli, los micro y macropoderes económicos que en ausencia de límites y controles arrollan las garantías de los derechos de los trabajadores¹⁴. En otras palabras, objetivar y tipificar el poder directivo y organizativo empresario.¹⁵

B. Naturaleza jurídica.

Tal como se nota, el poder directivo y sus medios de resguardos así como la sujeción del trabajador, son una de las características esenciales y típicas de la relación de dependencia y no puede encontrarse en otras relaciones jurídicas privadas¹⁶. A partir de esta constatación, surge la inquietud para dar una explicación jurídica sobre esa relación de derecho. Esa sujeción aparecería mejor explicada desde el punto de vista de las teorías institucionalistas de las relaciones de trabajo dependiente. La dependencia y sujeción personal, es una necesidad funcional de la organización de la empresa su funcionamiento y cumplimiento de propósitos al cual se integra el trabajador a través de un único acto de manifestación de voluntad que es el de ingreso. Luego, su capacidad de decisión se encontraría anulada o disminuida pero por razones institucionales y en tanto se justifique en ese contexto.

De otro lado, se encuentra la concepción contractual que observa en ese acto la manifestación de voluntad destinada a constituir un acuerdo (contrato) permanente aunque se encuentre intervenido o dependiente de la ley y el convenio colectivo y en muy escasa medida por la propia voluntad del trabajador¹⁷. Sea como contrato normativo o como contrato de adhesión, la base es voluntaria y consensual por lo menos a su inicio.

La discusión del siglo pasado entre las corrientes contractu- listas, institucionalistas o comunitaristas del contrato de trabajo parece haberse desplazado por la consideración de la empresa como bien social y la intervención directa, no sólo del orden público sino también del orden de los derechos esenciales en el

14 FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 123,

15 BAYLOS, ANTONIO, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 34.

16 SANTORO PASARELLI, FRANCESCO, *Nociones de derecho del trabajo*, Diana, Madrid, 193, p. 168.

17 SANTORO PASARELLI, FRANCESCO, *Nociones...op. cit.* 105.

espacio antes privatista de la empresa¹⁸. La reglamentación de las relaciones de tensión desde la mira contractualista pura, llevaría a cierta dispensa de observaciones exteriores. Por el contrario, la integración de esos valores jurídicos protegidos constitucionalmente con una concepción social de la empresa, una mirada neo institucionalista o social-laboralista de las relaciones de empleo¹⁹, exige una nueva intervención igualadora, es decir, la *ciudadanización* o directamente la *ciudadanía del asalariado* dentro de la empresa²⁰, aun cuando permanezca bajo el fuerte condicionamiento de la relación subordinada. Es más aún, la *constitucionalización* de la relación de trabajo con el ingreso del grueso caudal de derechos fundamentales al orden interno de empresa²¹. En fin, *democratizar* la empresa²². Se puede concluir aquí, con lo dicho por el mismo Romagnoli: “Si la democracia no entra en la fábrica, saldrá del país”²³.

18 Sobre la indagación de las dos posiciones acerca del jus variandi, ver ER-MIDA URIARTE, OSCAR, *Modificaciones de condiciones de trabajo por el empleador*, Hammurabi, Bs. As. 1989, p. 49 y MARAZZA, MARCO, *Saggio...* op. cit. p. 10 en adelante.

19 MARAZZA, MARCO, *Saggio...*, op. cit.

20 PELISSIER, JEAN; SUPIOT, ALAIN y JEAMMAU, ANTOINE, *Droit du travail*, Dalloz, París, 2006, p. 990. La expresión hace referencia a las leyes Auroux de 1982 relativas a la libertad de los trabajadores dentro de la empresa que tendieron a asegurar la ciudadanía del asalariado dentro de la empresa.

21 SIMITIS, SPIROS, *¿El derecho del trabajo tiene aún un porvenir?*, Revista de Trabajo, Bs. As. Enero-Julio 1997, p. 23.

22 RIVERO LAMAS, JUAN, *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010, p. 12.

23 Sobre el tema ver además: GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Ciudadanía en la empresa*, fcu, Montevideo, 2006; VALDÉS DAL RÉ, FERNANDO, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, Libro de Informes Generales, p. 42; SUPIOT, ALAIN, *Crítica del derecho del trabajo*, MTAS, Madrid, 1996 y *Homo Juridicus*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007; WEISS, MANFRED, *Les droits individuels et la relation de travail en Allemagne*, Seminario Internacional de Derecho Comparado de Trabajo, Relaciones Profesionales y de la Seguridad Social, Universidad Montesquieu, de Burdeos, Francia, 30 de junio al 11 de julio de 2008; VENEZIANI, BRUNO, *Il lavoro tra cittadinanza civile e cittadinanza sociale*, 28/5/08, idem anterior; ROJAS RIVERO, GLORIA PILAR, *Cláusula de Conciencia y extinción del contrato de trabajo*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2008; BLAT GIMENO, FRANCISCO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, MTSS, Madrid, 1986; CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro II*, UTET, Turin, 1998, p. 277, ARESE, CÉSAR, *Discriminación Ideológica y empresas de tendencia*, RDL, *Discriminación Laboral I*, 2009; *Derechos de defensa y tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo*, Revista Doctrina Laboral Rubinzal Culzoni, *Discriminación y violencia laboral II*, 2009.

C. La unicidad de los poderes de organización y dirección.

Los derechos del empleador en materia de organización y dirección parecerían ostentar un tratamiento diferenciado en la LCT. El enunciado del art. 64 permite al empleador organizar en principio incondicionalmente tanto económica como técnicamente la empresa, el establecimiento y las explotaciones de que se valga conforme las ideas de los arts. 5 y 6 L.C.T. Vale decir, que el empleador podría estructurar el ente del que se vale como mejor le convenga sobre la base de la simple propiedad de los medios personales, materiales e inmateriales organizados bajo su dirección para el logro de los fines económicos o benéficos. En definitiva, el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 CN constituye el título suficiente para el dominio de la empresa.

En realidad, la L.C.T. sufrió una amputación antidemocrática cuando la reforma de facto de 1976 dejó intactos los poderes empresarios, pero suprimió la participación del personal o de sus delegados en obvia indicación destinada a la concertación y negociación de esas facultades²⁴. El art. 64 L.C.T. actual señala la característica de *suficiencia* de las facultades del empleador. Esta calidad podría haberse eliminado en la redacción, dejando en pide que “el empleador tiene facultades (suficientes) para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”. De entrada, no existe otra posibilidad de interpretación que el principio de suficiencia implica la idoneidad y adecuación del derecho, excluyendo todo ejercicio abusivo, ilegal o excesivo.

El sistema de LCT parte de un reconocimiento amplio y potencia de las facultades que generan los derechos a la libertad de trabajo industria y de propiedad reconocidos por la CN en los arts. 14 y 17. Esta doble base constitucional proyecta en el campo de las relaciones de trabajo, la supuesta legitimación de los poderes de un hombre (el empresario y sus representantes) sobre otro hombre (el trabajador subordinado) dentro del marco de la dirección y organización de la prestación de tareas.

De manera subordinada o derivada se colocaría la actuación dinámica o ejecutiva de esos derechos, es decir, las facultades

²⁴ Texto original: “Art. 69. El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento, con la participación que las leyes asignen al personal o delegados de éste”.

de dirección que la LCT viene a consagrar en el art. 65, pero al mismo tiempo codificar o condicionar mediante el sistema de correlación de fuerzas jurídicas en la relación laboral. Como un espejo, el art. 86 L.C.T., “el trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes”.

Tal dicotomía sin embargo no tiene sustento. Las potestades de organización y dirección empresaria son parte del mismo mecanismo montado a partir la institución empresaria, sin posibilidad de diferenciarlas. Una organización empresaria puede implicar un férreo y lesivo orden de controles sobre el trabajador dependiente y, al mismo tiempo, instrumentarse un mediatizado y aparentemente libérrimo ejercicio del dirección organizativa.

En todo caso, puede hablarse de una necesaria interrelación, “complementariedad” e “interdependencia” de los poderes reconocidos al empleador que trabajan en forma conjunta y que se legitiman recíprocamente y que se limitan “en cascada”²⁵.

D. Las proyecciones.

El poder organizativo y directivo del empresario puede manifestarse en varios órdenes:

- a. La conformación de los instrumentos de los que se vale la empresa, básicamente el establecimiento.
- b. La orientación económica, técnica y de las personas.
- c. La posibilidad de modificar la estructura y directivas y por lo tanto, alterar las condiciones de trabajo.
- d. La potestad de instrumentar el ordenamiento normativo interno, es decir, legislar y reglamentar internamente las facultades de ordenamiento y dirección.
- e. Actuar sancionatoriamente para asegurar los poderes de organización y dirección.

25 GNECCO, LORENZO, en AAVV, MARIO ACKERMAN (Dir), TOSCA DIEGO (Coord.), *Tratado de derecho del trabajo*, T. II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 559, con referencia a ADKERMAN, MARIO, *El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo*, DT, 2003-B-1329.

II. Expresiones jurídica de los poderes empresariales inter-nos.

A. Microsistema normativo.

Las facultades de dirección y organización empresaria insertos centralmente en los arts. 62 a 69 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), constituyen un microsistema normativo de derechos y limitaciones cuyos engranajes internos se han hecho más complejos a partir de la modificación el art. 66 LCT mediante la Ley 26.088 y la intervención jurisprudencial de la CS en materia de derecho antidiscriminatorio mediante el caso “Álvarez” (7/12/10).

El empleador está habilitado en el interior de la empresa y con relación al contrato individual de trabajo, para la práctica de un conjunto esencial de facultades:

- a) Organizar económica y técnicamente la estructura productiva (art. 64 LCT).
- b) Dirigir el trabajo (art. 65 LCT).
- c) Instrumentar todos los cambios necesarios en formas y modalidades de trabajo (art. 66).
- d) Ejercer el poder disciplinario (art. 67).
- e) Efectuar controles personales (art 71/3).
- f) Extinguir unilateral e incausadamente el vínculo laboral (art. 245 LCT).

En realidad el último es el poder esencial en el sistema de fuerzas que se mueven en el interior de la relación laboral. El alcance de la protección contra el despido arbitrario prevista en el art. 14 bis, tuvo un criterio histórico de la CSJN²⁶, que se caracterizaba por ser forfataria, libre y no procesalizada²⁷. Es obvio: el ejercicio del poder del empleador se escenifica, explícita o implícitamente, en el horizonte acotable de la relación. Se podría graficar cuando el empleador sustenta su poder directivo

²⁶ Sobre la base de la jurisprudencia que descartó la estabilidad propia del Estatuto Bancario Ley 12.637, Caso “De Luca c/Banco Francés”, CSJN 25/2/69. LVII, p. 431. Ley 22.425; del Conv. UTEDYC Nro. 160/75 en “Nazar, Luis M. c/ ATILRA”, 22-4-80; CSJN, IT XXVIII-B p. 655. Idem, anterior; del CCT 40/75 de Loma Negra, “Figuroa Oscar c/Loma Negra”, CSJN 4/9/84. DT 1984, p. 809.

²⁷ Salvo la suspensión de despidos durante el lapso de vigencia de art. 16 de la Ley 25.561 y sus prórrogas.

en abrir el cajón de su escritorio para mostrar al trabajador una carta documento de despido. Ese gesto vale por mil normas. El poder extintivo del contrato de trabajo y el espanto del despido es el principal inductor de conductas, disuasor de disidencias y disciplinador interno.

No se trata de una simple derivación del *jus utendi, fruendi et abutendi* dominial sobre la empresa cuya justificación es el art. 17 CN, sino que representa o simboliza un poder disciplinante en las relaciones personales trabajo. Por lo tanto, el despido abierto, por más que sea una posibilidad, constituye una alternativa fortificadora de los poderes empresarios en el decurso del contrato de trabajo.

Es real que en la primera década del siglo, el amplio círculo de poderes extintivos se ha estrechado por imperio de la procesalización obligatoria de los despidos económicos, el fortalecimiento de la protección de la libertad sindical, el crecimiento del derecho antidiscriminatorio y la posibilidad de readmisión en el empleo, por vía de la aplicación de la Ley 23.592, Observación General Nro. 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU del 24/11/05 sobre el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y los arts. 6 y 7 del Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)²⁸.

Sin embargo, su influencia es decisiva en tanto el despido no ha dejado de poseer las características esenciales, por la falta de un sistema de causalidad tal como lo prevé el Convenio OIT Nro. 158.

B. Limitaciones codificadas en la LCT.

Si bien en el campo del contrato de trabajo se opera con poderes privados, no hay razones para que el orden público general de los derechos fundamentales, se abstenga de intervenir en las relaciones interpersonales de trabajo ni revise su unilateralidad primigenia. Las relaciones de poder intraempresarias

28 ARESE, CESAR, *La readmisión laboral en el PIDESC, el convenio 158 de OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo CS "Álvarez", RDL, I, 2011.*

respecto del trabajador dependiente han mutado desde su carácter impositivo unilateral y privatista hacia la bilateralidad y la intervención normativa heterónoma y autónoma para propender a relaciones de equilibrio y preservación de los derechos esenciales del más débil expuesto psicofísicamente en esta vinculación. Los poderes empresariales han sido civilizados o dotados de **contrapoderes normativos** en una típica operación de orden público *favor debilis*.

Las facultades empresarias de organización, dirección y variación de condiciones de trabajo, se encuentran **codificadas** especialmente a lo largo de la LCT que se traducen en las siguientes directivas y limitaciones²⁹:

- 1) Respeto por los deberes genéricos de buena fe, colaboración y solidaridad.
- 2) Ejercicio funcional³⁰.
- 3) Atención de los fines de la empresa.
- 4) Atención de las exigencias de la producción.
- 5) Preservación y mejoramiento de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.
- 6) Actuación razonable.
- 7) No alteración de modalidades esenciales del contrato de trabajo.
- 8) No causar perjuicio moral.
- 9) No causar perjuicio material.

29 CNTrab. sala III. 21/12/06, "Laborda, Fernando Héctor c/ Fundación Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales s/ despido: "Toda modificación de la remuneración dispuesta en forma unilateral por el empleador queda al margen de sus poderes de dirección y organización (arts. 64, 65 y 66 de la L.C.T.), pues las alteraciones que éste puede realizar de modo unilateral deben ser razonables, es decir ser funcionales, no deben recaer sobre aspectos esenciales de la relación y no deben causar perjuicio material ni moral al empleado, por ello, aún cuando los cambios puedan ser razonables en atención a la situación por la que atraviesa una empresa, ésta debe adoptar medidas que no perjudiquen material o moralmente al trabajador, mientras es evidente que la reducción del salario constituye una conducta contraria a derecho" (Sec. de Jurisprudencia CNtrab.).

30 CNtrab. sala I, 25/10/06 "Brenca, Fernando c/ Caja Popular de Ahorro de la Pcia de Tucumán s/ despido": "La funcionalidad es un recaudo del ejercicio válido del poder de organización, incumbiendo a quien lo ejerce demostrar su existencia, siendo contrario a nuestro orden jurídico que el poder sea ejercido por opciones arbitrarias (en cuanto obedecen al propio arbitrio de quien ejerce el poder), por lo que la falta de invocación de las razones empresarias que fundaron el traslado en el caso, impide aceptar el ejercicio del poder de organización, como legítimo" (Sec. de Jurisprudencia CNtrab.).

- 10) Respeto a la legalidad, estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren.
- 11) Respeto a exigencias de la organización del trabajo en la empresa.
- 12) Respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales.
- 13) Exclusión de toda forma de abuso del derecho.
- 14) Imposibilidad de la aplicación de sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.
- 16) Imposibilidad de obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales.
- 17) Respetar la indemnidad psicofísica del trabajador
- 18) Otorgar ocupación efectiva.
- 19) Deber de igualdad de trato o no discriminación.
- 20) Causalidad adecuada y grave del despido disciplinario.

Esta veintena de limitaciones, obviamente no exhaustivas, están distribuidas a lo largo del sistema jurídico.

III. Derecho de defensa en el contrato de trabajo³¹

A. El derecho fundamental de defensa.

Los derechos a la igualdad, al ejercicio del derecho de defensa y al acceso a la tutela judicial efectiva son inherentes a la condición humana e integran el elenco de derechos fundamentales. Numerosos instrumentos supranacionales, constitucionales y legales se ocupan de su amparo. Han transitado un largo y complejo camino para no muy lejano en la historia de las sociedades. La igualdad demoró (demora) en transitar desde la declamación a la realidad. No hace mucho, la humanidad desconocía las garantías de legalidad en los procesos judiciales penales, una incorporación del iluminismo a la cultura jurídica universal de la mano de Césare Bonesana³².

31 Ver ARESE, CÉSAR, *Derechos de defensa y tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo*, RDL, Discriminación y violencia laboral II, Buenos Aires, 2009.

32 Bonesana, Cesar, Marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, (1764), Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 29, 48, 84. Tesis central: "Para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria la menor de las

Los principios de inocencia, legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) o debido proceso legal, se han venido petrificando y, desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789³³, se han incorporando a los instrumentos fundamentales de carácter universal y a las constitucionales estatales. No obstante, esa evolución normativa de dos siglos, la discriminación en su multiplicidad de matices y tópicos y la garantía del defensa procesal cuando se pone en cuestión un derecho individual, continúan siendo materiales jurídicos críticos y en constante evolución y progresión.

Mientras que no parece haber discusión acerca del reconocimiento y actuación práctica intracontractual del principio o la garantía de igualdad y el acceso a la tutela judicial efectiva, el ejercicio vivo, oportuno o contemporáneo del derecho de defensa, no merece un tratamiento enfático sino, paradójicamente, más débil. Existe, llega y se ejerce, pero en la amplia mayoría de las situaciones *ex post facto* y habilitando la alternativa reparatoria. Llega, es bueno que así sea, pero cuando “todo ha pasado” y en muchos casos, cuando el puesto se ha perdido. La identificación y operatividad concreta de estos valores fundamentales, puede cambiar el estado de cosas.

B. El estado de derecho empresario.

La aplicación de sanciones injustas produce una clara mortificación en el trabajador y también puede convertirse en la antesala del precipicio del despido. El despido, la “pena máxima” o el acto decisorio del empleador que mayor impacto produce en el trabajador, implica erradicarlo del sustento diario y seguro. Pero además, de un conjunto de esferas de actividad creativa o productiva, de su radicación social, de los servicios de obra social y del futuro provisional, en fin, de la inserción social com-

penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes”.

33 **Art. 7.** “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito (...)”; **Art. 8.** “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”. **Art. 9.-** Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

pleta como la pertenencia a un grupo profesional, la posibilidad de construcción de un futuro personal y, en muchos casos, la aniquilación de un proyecto de vida personal y familiar. Ninguna reparación posible alcanza para reestructurar ese mundo de relaciones truncas.

El despedido-desempleado se convierte por el acto del despido, en un hombre privado de los derechos que otorga el contrato de trabajo y, con ello, es un no ciudadano laboral, un marginado, en fin una persona que posee derechos civiles hipotéticos derivados de su documento de identidad y carta de ciudadanía, pero tiene un paréntesis alrededor de los derechos inherentes a condiciones básicas como es el sustento, la actividad creadora, la seguridad social, etc. Por ello, el acto de despido es un acto de fuerza, de violencia privada por los efectos que depara al trabajador, como indican Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey³⁴.

El que podría llamarse el “estado de derecho empresario” tiende a comprender la aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad durante el ejercicio de los poderes sancionatorios, similar aunque no idéntico al del Estado³⁵. Se genera una “legalidad” de empresa como producto de la incursión del orden público legal y de la negociación colectiva. En el mundo empresario se refleja crecientemente el mundo social o democrático con la carga de la civilidad del derecho³⁶.

En la civilidad democrática intraempresaria se incluyen los principios y reglas derivados de la dignidad y equidad en las condiciones de trabajo ingresado al art. 14 bis CN, los que incluyen los enunciados comunes de derecho penal o disciplinario como es el principio de legalidad, inocencia y derecho de defensa en proceso arropado por el art. 18 CN³⁷.

34 BAYLOS, ANTONIO Y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 44.

35 BAYLOS, ANTONIO, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, op. Cit. p. 91, con cita de M. F. Fernández López, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991: “(...) una evolución paralela a la construcción del principio de legalidad como técnica de atribución de potestades y de control de la discrecionalidad” similar a la de gobernantes y gobernados.

36 VENEZIANI, BRUNO, op. Cit. p. 12.

37 Art. 18. “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)”.

Este enfoque constitucional tiene respaldo, entre los instrumentos supranacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25) y el Protocolo de “San Salvador” en lo atinente al concepto de vida digna ciudadana, al goce de “condiciones justas, equitativas y satisfactorias”, el trato igualitario y no discriminatorio, la “estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación” y el debido proceso y acceso a la tutela efectiva para la determinación de derechos laborales (arts. 3, 6, 7 y sus reglas de interpretación y aplicación).

Por más que muchas expresiones siguen defendiendo cierto “feudo empresario”³⁸, cerrado y con reglas propias derivadas de la fuerza o del poder directo del dador de trabajo, es irreversible esta democratización de las relaciones de trabajo. Las “penas privadas”³⁹ son cada vez menos privadas y cada vez más constitucionalizadas.

C. Derecho comparado.

1. Italia.

La constitución italiana contiene una referencia genérica pero central al trabajo y al trabajador (arts. 1 a 4) de la que se derivaron, pasando por las reglas de protección civil y proceso penal (art. 24 a 27), las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en orden a la equidad en el proceso laboral sancionatorio intraempresario. En efecto, el art. 7 introdujo en la empresa un sistema de administración de justicia que a través de límites sustanciales y procesales ha restituido al trabajador la misma dignidad del ciudadano puesto de frente a la justicia del Estado⁴⁰. En concreto la obligación de establecer un código disciplinario⁴¹, el derecho del trabajador a ser oído en su defensa antes de la sanción,

38 Tribunal Constitucional de España: “Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al estado social y democrático de derecho” (STC 88/1985).

39 Expresión de SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO, *Nociones...* op. cit. 170.

40 VENEZIANI, BRUNO, op. cit. p. 12.

41 GHEZZI, GIORGIO Y ROMAGNOLI, HUMBERTO, *Il rapporto di lavoro* (2 ra. Ed.), Zanichelli, Bologna, 1999, p. 231; Galantino, Luisa, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 473.

contestar la sanción y de la intervención sindical. Las reglas sustanciales y procesales aseguran los principios de legalidad y contradictorio en el tratamiento disciplinario⁴². En síntesis el derecho de defensa⁴³.

2. Francia.

A partir de 1982 con las reformas de la leyes Auroux, aquellas que se implantaron bajo la consigna del “*Ciudadano en la ciudad, los trabajadores deben serlo también en la empresa*”, se incorporaron al Código Francés reglas procesales y sustanciales que conforman el “Derecho Disciplinario”⁴⁴. Si bien no implicaron el trasvasamiento del principio de la legalidad⁴⁵ al contrato de trabajo, aseguran protección contra la discriminación, la obligación de convocatoria al trabajador, derecho de asistencia sindical y posibilidad de recurso judicial efectivo (art. L. 122-33 y sig.).

3. Alemania.

La Ley de Consejos de Empresa de Alemania obliga a la necesaria consulta previa de esos organismos en caso de modificaciones del contrato de trabajo y de despido disciplinario, en este caso bajo sanción de nulidad. Tiene facultades para oponerse en caso de verificarse cinco hipótesis legales, en su mayoría dirigidas a evitar buscar alternativas a la pérdida del puesto de trabajo. Estas disposiciones se entienden en el marco de la fuerte cultura de conservación de empleos e implicación de los trabajadores en el destino de la empresa⁴⁶.

42 SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 91.

43 CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del Lavoro*, 2. Utet, Torino, 1999, p. 299 y Pera, Giuseppe, *Compendio di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997, 196.

44 JAVILLIER, JEAN CLAUDE, *Droit du travail*, LGDj, Paris, 1996, p. 143.

45 PELISSIER, JEAN, SUPLOT, ALAIN Y JEAMMAUD, ANTOINE, *Droit du Travail*, op. cit. P. 1009.

46 LEDESMA, LUIS, *Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Ed. F. Friedrich Ebert, Bs. As., 1995 y *Ley de Consejos de Empresa de la Republica Federal Alemana*, Ed. F. Friedrich Ebert, Bs. As., 1995.

4. España.

El Estatuto de los Trabajadores atribuye al empleador la potestad sancionatoria de acuerdo a las disposiciones legales o en el convenio colectivo, debiendo notificar al trabajador en forma escrita en los casos de faltas graves y muy graves haciendo constar la fecha y los hechos que lo motivan (art. 58). En Comité de Empresa debe ser informado de las sanciones impuestas por faltas muy graves y sus integrantes y los representantes sindicales poseen garantías especiales frente al poder disciplinario.

Los incumplimientos contractuales motivantes del despido disciplinario requieren de un incumplimiento grave y culpable y se encuentran tipificados en seis supuestos (art. 54) El despido disciplinario debe respetar las formas establecidas en el ET, entre las que se destacan la participación del sindicato al que se encontrara afiliado el trabajador (art. 55). Los despidos discriminatorios, contrarios a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador y por causa de embarazo o maternidad, son nulos y traen aparejada la readmisión del trabajador (art. 56).

5. Brasil.

La Consolidación de las Leyes de Trabajo codifica las causas de despido disciplinario directo del empleado en una docena de situaciones (Art. 482). Entre los motivos, subsiste una hipótesis en que el empleador se convierte en una especie de ejecutor de penas privadas por conductas públicas y que obviamente, son resabios de los regímenes militares⁴⁷. Pero también las circunstancias que el dependiente puede esgrimir para denunciar motivadamente el contrato de trabajo (art. 483). El sistema se enmarca en el especial régimen de segmentación de la estabilidad laboral que ostenta el sistema brasileño de relaciones de trabajo (art. 492 y sig. CLT).

47 Art. 482 in fine: "Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional". Otra curiosidad es que se prevé el despido por "prática constante de jogos de azar".

D. Los derechos organizativos, directivos y sancionatorios y el derecho fundamental de defensa.

En la materia sancionatoria, los poderes de organización y dirección, se encuentran intervenidos, no solamente por las reglas específicas del título II, Capítulo VII, de la L.C.T. Naturalmente, el derecho constitucional de defensa se encuentra presente (art. 18) y ampliado, entre otros instrumentos, por el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando incluye debido proceso y la tutela judicial efectiva para la determinación de derechos laborales: “Art. 8 .1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Asimismo, la tutela judicial efectiva del art. 25 del mismo tratado internacional, opera en las relaciones de trabajo⁴⁸. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto varios casos referido a tutela judicial efectiva en el campo de las relaciones laborales. Por ejemplo, en “Abrill Alosilla y ot. Vs. Perú” del 4/3/11, analizó la protección de “violación del derecho a la protección judicial en perjuicio de 233 miembros del Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante SIFUSE)], debido a que el Estado no les [habría] prove[ído] un recurso efectivo frente a la [alegada] aplicación retroactiva de decretos que entre 1991 y 1992 eliminaron el sistema de escala salarial que los regía, [...] a pesar de que la Constitución Política aplicable establecía la garantía de no retroactividad de las leyes[,] salvo en materia penal cuando fuera más favorable”. Tuvo en cuenta, que “el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso

48 Art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)”.

judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”. Agrega el organismo: “Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte, desplegó un interesante estudio del 7/9/07 denominado “El acceso a la justicia de los derechos económicos, sociales y culturales”. Por su parte, el art. 7 d) del Protocolo Adicional de esa convención sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “**Protocolo de San Salvador**” prescribe: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados **garantizarán en sus legislaciones nacionales**, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Es de acotar que esta norma causalizando los despidos tiene carácter autoaplicativa según su art. 4⁴⁹ y naturalmente, implica un fortalecimiento institucional de la estabilidad y los actos que lleven a su negación. De todos modos, es de observarse a la

49 Art. 4. No Admisión de Restricciones. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

vigencia directa de esta regla que deriva a las “*legislaciones nacionales*” establecer esta garantía. En el caso de Argentina, los círculos jurídicos explícitos de readmisión se han trazado en tres áreas: a) Despidos antisindicales; b) Despidos discriminatorios y que afecten derechos fundamentales; c) Empleados públicos.

El Conv. 158 OIT⁵⁰ sobre “Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta” establece en su art. 4 la causalidad en la conclusión de la relación laboral por decisión del empleador. No constituyen causa justificada la actividad sindical, el ejercicio del derecho de defensa en reclamos directos, procedimientos declamatorios, incluidos los administrativos, los actos discriminatorios o la maternidad (art. 5).

Lo que es más importante es que, conforme el art. 7: “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

Asimismo, la Recomendación de OIT Nro. 166 de 1982 relativa al Conv. 158 indica los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de esta. Aquí se recepta no sólo el derecho de defensa mediante reglas clásicas como son la prevención por escrito, las instrucciones por escrito, asistencia defensiva, la contemporaneidad, etc.

Se ha sostenido que ese convenio ha adquirido vigencia interna por contener e integrar el elenco de derechos fundamentales

50 Fue aprobado en el año 1982 y entró en vigencia en 1985. También en aquel año se aprobó la recomendación 166 referida este convenio. Fue ratificada hasta 2008, por 34 países: Antigua y Barbuda 16-09-2002, Australia 26-02-1993, Bosnia y Herzegovina 02-06-1993, Camerún 13-05-1988, República Centroafricana 05-06-2006, Chipre 05-07-1985, Congo, República Democrática del 03-04-1987, Eslovenia 29-05-1992, España 26-04-1985, Etiopía 28-01-1991, Ex República Yugoslava de Macedonia 17-11-1991, Finlandia 30-06-1992, Francia 16-03-1989, Gabón 06-12-1988, Lesotho 14-06-2001, Letonia 25-08-1994, Luxemburgo 21-03-2001, Malawi 01-10-1986, Marruecos 07-10-1993, Montenegro 03-06-2006, Moldova, República de 14-02-1997, Namibia 28-06-1996, Níger 05-06-1985, Papua Nueva Guinea 02-06-2000, Portugal 27-11-1995, Santa Lucía 06-12-2000, Serbia 24-11-2000, Suecia 20-06-1983, Turquía 04-01-1995, Ucrania 16-05-1994, Uganda 18-07-1990, Venezuela, República Bolivariana de 06-05-1985, Yemen 13-03-1989 y Zambia 09-02-1990. (OIT, Nota informal para los participantes en consultas sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166, Ginebra 2008).

de OIT (1998)⁵¹ y es invocado en la Observación General Nro. 18 del Comité Económico y Social de la ONU, como órgano interpretativo y aplicativo del PIDESC. Este criterio ha tenido recepción en “Lescano Víctor César C/Ingeplam SA” de la S. IV de la CNAT del 31/8/09, sentencia por la que se dispuso la reincorporación de un trabajador de la industria de la construcción despedido en forma inmediatamente anterior a testimoniar judicialmente en un proceso laboral (voto de la mayoría integrada por los vocales Oscar Zas y Estela Ferreyrós). Concluye el fallo afirmando: “Las consideraciones que anteceden llevan a sostener que, por reenvío expreso de la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, resulta aplicable al presente caso el art. 5. c) del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no haya sido ratificado por la República Argentina”. Esta posición había sido fijada anteriormente por el Juzg. Trab. 38, “Juárez, Albino C/ Frigorífico Máximo Paz S.A.” (25/9/07) al afirmar la vigencia del Conv. 158 por integrar el derecho internacional operativo⁵², posición que no tiene acogimiento generalizado.

Si bien en el caso, la resolución se apoya también en el derecho antidiscriminatorio, continúa este avance doctrinario y jurisprudencial de indudable firmeza. El Conv. 158 y su recomendación no pueden ser ignorados. Sino son derecho operativo, es desde ya derecho interpretativo para los países que, como Argentina, no lo han ratificado⁵³. Sostiene OIT que ese convenio

51 POMPA, ROBERTO C. “Tratados internacionales y convenios de la OIT. Su aplicación inmediata”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Lexis Nexis, 2009, fsc. 7, p. 565.

52 Juzg. Trab. 38, “Juárez, Albino C/ Frigorífico Máximo Paz S.A.” (25/9/07): “Es cierto que el Convenio 158 de la OIT no ha sido ratificado por el ordenamiento nacional y constituye una asignatura pendiente que debe ser reparada por el legislador. Sin embargo, considero que su obligación, como norma de jus cogens resulta igualmente obligatoria para los Estados Partes – y nuestro país lo es - desde el momento que la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 obliga a los estados miembros más allá de cualquier ratificación o acto nacional de incorporación o reconocimiento, en tanto aquellos derechos de más alto valor y eficacia se consideran esenciales a la conciencia jurídica universal y en consecuencia previos y superiores a cualquier ordenamiento nacional, por cuanto como lo ha manifestado el Director General de la OIT (año 1998), la declaración rige automáticamente para todos los países que hayan aceptado la Constitución de la OIT, independientemente de que hayan ratificado o no los convenios fundamentales de la OIT”.

53 El Convenio fue denunciado por Brasil en 1996. En febrero de 2008, el Presidente Lula da Silva presentó el Convenio núm. 158 al Congreso Nacional

es utilizado frecuentemente por los tribunales en su argumentación jurídica por considerar que expresa o codifica principios básicos de equidad y derecho y plasma principios de buena práctica de relaciones laborales.

E. Recepción jurisprudencial explícita.

La institución del derecho de defensa en sentido estricto no tiene un gran desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, tal como se observó en el punto anterior con el caso “Lescano”; ha comenzado a tener recepción específica. Por caso, con voto de Luis A. Raffaghelli y apoyo de Juan Carlos Fernandez Madrid, la CNTrab. sala VI, se ocupó específicamente del tema en “Ugarte, Vanesa Judit c. Arcos Dorados Argentina S.A.” s/despido, 30/11/11⁵⁴. Lo situaron como “una garantía fundamental de nuestra Constitución Nacional”, reforzado por la jerarquización de los Tratados Internacionales incorporados en las condiciones de su vigencia a nuestro derecho interno por el art.75 inc. 22, y otros que como la Carta Internacional Americana de Derechos Sociales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 02.05.1948 (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948); Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el art. 18 CN, a más del precedente CS sobre defensa en juicio dentro del procedimiento administrativo exigiendo la observación de las formas sustanciales del derecho de defensa: notificación, ser oído, defenderse mediante argumentos y prueba (Caso Parry Adolfo E.» 1942 y «Fernández Arias c/ Poggio»). Más adelante se hace referencia a otro precedente, “Ossa Peña”, donde la CS retoma el tema.

De otro lado, los fallos de la Corte Suprema en “Álvarez Maximiliano c/Cencosud”, 7/12/10 y las confirmaciones de los fallos “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina”, 23/6/11 y “Parra Vera Máxima c/ San Timoteo S.A.”, 23/8/11, marcan una línea de reco-

para que se lo ratificara. En julio de 2008, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso Nacional votó contra la ratificación. La cuestión se transmitió a la Comisión de Trabajo del Congreso Nacional para proseguir con su examen.

54 La Ley Online, AR/JUR/80298/2011.

nocimientos de derecho a igualdad de trato y no discriminación de importancia fundamental en las relaciones laborales. Las dos estabildades propias indicadas en el art. 14 bis CN, representantes sindicales y empleados públicos, fueron ampliadas con varias hipótesis de “estabilizaciones” legales y convencionales y un obvio refuerzo de los derechos personales fundamentales en el contrato de trabajo. Desde el derecho internacional, el art. 6 del PIDESC y la Observación Nro. 18 de su órgano de control el CESC y el art. 7 del Protocolo de San Salvador, son instrumentos que, según criterio de la CS, otorgan textos directos a estas nuevas garantías⁵⁵. Del tal forma, rige sobre el poder directivo, organizativo y disciplinario, una pesada bóveda normativa que limita la autarquía intraempresaria empresaria.

F. Poder disciplinario.

En el derecho uruguayo, Ricardo Santana⁵⁶ sostiene que el poder disciplinario es el conjunto de facultades que posibilitan al empleador imponer sanciones frente a hechos que constituyen faltas disciplinarias, cometidas en el seno de la relación de trabajo y cuyo fin es proteger la organización e interés productivo. El brasileño Mauricio Godinho lo conceptúa como el conjunto de prerrogativas concentradas del empleador dirigidas a propiciar la imposición de sanciones a los empleados en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales⁵⁷.

Con respecto a los **fundamentos o naturaleza jurídica** de los poderes disciplinarios, la doctrina⁵⁸ acude a variedad de figuras:

1. Tesis de la propiedad privada.

El dominio jurídico del establecimiento, sea por propiedad, posesión, administración, cesión, es fuente del poder discipli-

55 La ponderación en extenso de esta doctrina: ARESE, CESAR, *La readmisión...* op. Cit. RDL, 2011.

56 SANTANA, RICARDO, *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada*, fcu, Montevideo, 2001, p. 36.

57 GODINHO, MAURICIO, *Curso de Derecho del Trabajo*, op. Cit. p. 638.

58 SANTANA, RICARDO, op. Cit. p. 28; PELISSIER-SUPIOT-JEAMMAUD, Op. Cit. p. 1007; GODINHO, M. op. Cit. p. 640; BAYLOS-PÉREZ REY, op. Cit. p. 48, 94.

nario. Sería una derivación del *jus utendi, fruendi et abutendi* dominial sobre la cosa donde se estructura la empresa.

2. Teorías contractualistas.

La relación jurídica contractual que une a empleador y trabajador dependiente, genera derechos y obligaciones entre las partes. Entre los primeros figura el poder ordenador del empleador y sus instrumentos, el de disciplinamiento y de sanción asegurativa.

3. Teorías de la organización y dirección laboral.

El poder disciplinario es una facultad funcional dirigida a garantizar la organización y dirección del establecimiento y no posee otra trascendencia.

4. Teorías institucionalistas.

Considerada la empresa como una institución social, el poder disciplinario sólo se entiende como un recurso necesario para el mantenimiento de la institución empresaria a la que se incorpora el trabajador.

5. Teoría del poder público delegado.

Una variante extrema es la que atribuye el ejercicio disciplinario del poder público delegado en el empleador. Se trata de una teoría caída en desuso junto con los sistemas estatistas del siglo XX, de uno y otro signo.

Sin embargo, no puede ignorarse que el Derecho del Trabajo a través de sus diversidad de instrumentos, pero básicamente la ley, se introduce en las relaciones privada, en este caso el contrato de trabajo, para publicarlo o desconstrualizarlo. Si se quiere, de otro lado, es el Estado que, a través del legislador laboral, pone en manos del empresario el uso del poder disciplinario porque así lo indica claramente la LCT y es por ello que no es posible hablar de una relación estrictamente contractual⁵⁹. De otro lado, desde su origen el Derecho del Trabajo introduce procedimientos prestados del sistema público, como lo es el sumario administrativo previo para la aplicación de sanciones.

59 BAYLOS-PEREZ REY, op. Cit. p. 95.

G. El Derecho Disciplinario.

La aceptación de la existencia de un “Derecho Disciplinario” envuelve la idea de apartar cierta justificación meramente utilitarista del poder sancionatorio, darle autonomía y principios propios dentro del Derecho del Trabajo y por ende un tratamiento atento y profundizado.

El derecho disciplinario está constituido por los principios y reglas que ordenan la actividad represiva del empleador para la preservación del orden interno de la empresa. La actividad sancionatoria del empleador esta constituida por los instrumentos de aseguramiento de la disciplina dentro del establecimiento semejante a un sistema de justicia privada contravencional. En este punto, no puede afirmarse que el Estado o la sociedad civil se vean implicados en un proceso relativo a relaciones privadas, el contrato de trabajo. Sin embargo, dos puntos esenciales obligan a un tratamiento publicado:

- a) La relación disciplinaria se establece entre desiguales (empleador-dependiente) lo que exige especial cuidado en su operatividad y protección del más débil de la relación represiva.
- b) En tanto es a través del poder disciplinador en que pueden lesionarse derechos de orden público y restringirse garantías públicas ligadas a derechos fundamentales, requiere de principios y reglas especiales, imperativas e irrenunciables.

El derecho disciplinario es para Ricardo Santana, el conjunto de normas que regulan los elementos del poder disciplinario, cuyos elementos son: a) Sujetos: activo, el empleador y sus representantes; pasivo, el trabajador; b) Objeto: la sanción disciplinaria; c) El motivo: la falta disciplinaria; d) El fin: tutelar el normal funcionamiento de la empresa; e) Las limitaciones al poder disciplinario; f) El procedimiento disciplinario y los mecanismos de defensa frente a la imposición de una sanción.

H. Clases de sanciones contravencionales.

1. Inexistencia de codificación.

La legislación de Argentina no establece una clasificación de “penas” disciplinarias, optando en principio por el enunciado de “medidas disciplinarias”. Tan sólo dos clases de correctivos

aparecen de forma explícita: la suspensión de tareas y el despido causado, aunque en este caso, sin catalogar el despido disciplinario. De tal forma, se encuentra relativizado uno de los elementos esenciales del principio de legalidad, es decir, el conocimiento previo de qué pena puede haber a un trabajador conforme la falta o conducta cometida.

Es conocido que tal vacío o zona de duda laboral, es cubierta por la apreciación judicial, caso por caso, con posterioridad a su aplicación y sin posibilidades de modificar su graduación. La pena ostenta un poder efectivo y un poder simbólico. Para ambos, el saber previo de la relación falta-pena constituye no un hallazgo caprichoso o excesivo del garantismo penal sino un silogismo normativo que hace a la sustancia de la materia contravencional o represiva en general y principio de legalidad.

2. Clasificación.

La práctica empresarial no explícita en la mayoría de los casos, permiten una división teórica en sanciones **morales** (aunque toda sanción tiene este componente) o preventivas; **indirectas** como pérdida de la carrera profesional o la modificación de condiciones de trabajo y de **cumplimiento efectivo con afectación de derechos contractuales** como salario, ocupación efectiva y empleo. Finalmente, las

a) Morales.

En esas medidas figura la de menor rango (relativo) como ser **apercibimiento o advertencia, el llamado de atención, la amonestación, observaciones en el legajo**, rebaja en el orden de mérito, etc. En principio solo constituyen antecedentes que integran la carrera profesional pero pueden ser utilizadas para la valoración posterior de otras infracciones.

b) Indirectas y prohibidas.

1) Pérdida de carrera.

Pero las sanciones anteriores pueden derivar **pérdidas en la carrera profesional** (ascensos por ejemplo) como posibilidad de calificar para un ascenso. Estas sólo podrían ser una consecuencia ulterior de la aplicación de las sanciones disciplinarias, pero de ningún modo instrumentarse como sanción disciplinaria por imperio del art. 69 LCT.

2) Modificaciones en el contrato.

La **retrogradación o pérdida de cargo** es contraria a lo previsto en el art. 69 LCT ya que es una modificación de las condiciones de trabajo como sanción disciplinaria, vedada por el art. 69 LCT, en principio sin excepción alguna. Lo mismo puede decirse respecto del **traslado o cambio de puesto de trabajo** con motivo de la contravención, salvo que se pacte expresamente, sobre la base de una justa composición de derechos e intereses homologados administrativa o judicialmente (art. 15 LCT).

3) Pérdidas económicas.

La **pérdida de ventajas económicas como premios** (asistencia, puntualidad, dedicación, etc.) **y complementos salariales** reglamentados directamente por el empleador, previstos en acuerdos colectivos o según usos y costumbres empresarias, como consecuencia del incumplimiento contractual (por ejemplo las ausencias o la impuntualidad) es cuestionable si aparece acumulada con una suspensión. Dependerá de cada caso concreto, pero significa en principio la aplicación de una suerte de multa adicional a la sanción, la alteración del principio de *non bis in idem* e infracción del art. 69 LCT.

En la materia rige el principio de intangibilidad y protección del salario, prevista especialmente en el art. 131 LCT: “No podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones. Quedan comprendidos especialmente en esta prohibición los descuentos, retenciones o compensaciones por entrega de mercaderías, provisión de alimentos, vivienda o alojamiento, uso o empleo de herramientas, o cualquier otra prestación en dinero o en especie (...)”.

4) Multas.

Se trata de la imposición de una penalidad contravencional consistente en el pago o, seguramente, descuento de una suma de dinero. Las multas están prohibida especialmente en el art. 131 LCT: “No se podrá imponer multas al trabajador ni deducirse, retenerse o compensarse por vía de ellas el monto de las remuneraciones”.

Parece obvio que la penalización por el lado alimentario, excede las facultades del empleador.

c) Efectivas.

1) Suspensiones.

Las **suspensiones** en la prestación de servicios, implican la interrupción de la prestación de los servicios, pero básicamente una suerte de exclusión de la sede del establecimiento y la pérdida económica por la falta de pago de las remuneraciones. Hipotéticamente el empleador podría aplicar la suspensión sin pérdida total o parcial de salarios, dándole un carácter solamente moral o aleccionador.

2) Despido.

Nuestro país no ha adoptado –sino como principio de interpretación—el convenio 158 de la OIT sobre terminación causada de la relación laboral. Consecuentemente, en términos generales, no existe necesidad de verificar la causalidad justificativa del despido directo. Tal como lo advirtió el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, existe un “uso desviado y abusivo” del despido sin causa, con causa falsa o ambigua. Con relación al tema disciplinario, es obvio que frente al despido libre de la LCT “el trabajador se enfrenta a un acto profundamente lesivo por su persona sin siquiera poder pedir explicaciones a su empleador”⁶⁰. La posibilidad de ese daño, es un inhibidor de conductas defensivas y, simultáneamente, un poder simbólico disciplinador del empleador.

El despido es un recurso legal que puede asumir la condición de sanción disciplinaria fundada en justa causa (art. 242 LCT) o sin causa (art. 245 LCT). El despido causado es un recurso más, el más grave y definitivo, algo así como la pena máxima del sistema represivo intraempresario. Podría equipararse a una suerte de “pena capital” del contrato de trabajo y es obviamente un recurso disciplinario.

Empero, existe un poder cúspide constituido por la posibilidad de extinguir unilateralmente el vínculo laboral (art. 245 LCT). La protección contra un despido arbitrario prevista en el art. 14 bis, en criterio histórico de la CSJN significó que el ejercicio del poder del empleador se escenifica, explícita o implícitamente, en el horizonte acotable de la relación de trabajo por voluntad unilateral.

60 AAVV, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Ed. Rubinzal Culzoni, Rubinzal Culzoni Ed. Bs. As. 2008, p. 238.

Sin embargo, ha crecido el examen de causalidad del despido y la consecuente alternativa de su nulidad cuando se agreden derechos fundamentales. El despido siempre tiene causa. El tema es si esos motivos son digeribles por el sistema normativo nacional o topan con el derecho antidiscriminatorio y contra el reclamo de readmisión del trabajador, según lo admite la CS a partir de “Alvarez” (7/12/10)⁶¹. Esta aureola cada vez mayor de estabilización laboral abarca diversidad de supuestos discriminatorios por razones ya no solo los tradicionales de carácter antisindical, sino por motivos de ideología, salud, edad, orientación sexual, sexo, raza, nacionalidad, etc. El despido “sin causa” está bajo observación.

I. Reglas del debido proceso disciplinario.

1. Previstas en la LCT.

a. La expresión de la causa.

Como derivación y en cumplimiento de la regla de buena fe, es decir, el buen comportamiento entre las partes, fundamentalmente para garantizar la debida defensa, el empleador debe expresar clara y concretamente las circunstancias y motivaciones de las medidas disciplinarias. Sólo se puede ejercer una defensa de lo que se conoce cabal, detallada y tipificadamente. Se trata de la acusación o imputación sobre la que se construye la motivación, el concepto de justa causa disciplinaria y la respectiva defensa (arts. 67, 217, 218, 219 y 242 LCT).

El despido con justa causa requiere la “expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato” (art. 242), pero nada impide aplicar esta regla a las medidas disciplinarias en general si se acepta la necesidad de garantizar la defensa del sancionado. La LCT no reglamenta de la misma

61 Y otros numerosos precedente. Entre los más conocidos: “Stafforini, Marcelo R. c/ANSES”, CNAT, S. X, 20/6/01; “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina SRL”, CNAT, Sala VI, 10/3/04; “María Mabel Pellejero s/Amparo”, CSJ de Río Negro, 02/06/05; “Greppi, Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA s/despido”, CNAT, S. IX, 31/5/05; “Parra Vera Máxima c/San Timoteo SA”, CNAT S. V, 14/6/06 y “Alvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, CNAT S. II, 25/6/07; CNAT Sala V 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo”; CNAT Sala V 20/12/07 “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina e la Indumentaria SA s/ juicio sumarísimo”.

forma la suspensión disciplinaria y el despido con justa causa, pero integran el mismo rango de poderes del empleador diferenciándose por la intensidad de las consecuencias.

La expresión de suficiente claridad obliga a indicar con precisión las circunstancias de lugar, tiempo, modalidades y afectación de intereses que significa para el empleador la falta o contravención del dependiente. En caso de existir reglas específicas, deberá agregarse el encuadramiento normativo. Finalmente, deberá expresarse la medida disciplinaria y la modalidad de su cumplimiento, salvo que se trate del despido donde obviamente solo sigue la puesta a disposición de la liquidación final y en todo caso la documentación respectiva (art. 80 LCT).

b. Comunicación escrita.

La instrumentación mediante documento escrito comunicado al trabajador importa transmitir la pieza de acusación disciplinaria, es decir, el instrumento que fija la justa causa y los alcances futuros de la medida aplicada (art. 67, 218 y 242/3 LCT). El efecto es recepticio, especialmente para la articulación de la impugnación (art. 217 LCT).

c. Modalidad.

En el caso de la medida de suspensión debe indicarse el plazo o extensión y comienzo de la medida a los fines de apreciar la dimensión del agravio y la eventual superación de los límites legales (art. 220 LCT). Igualmente, la inserción de apercibimientos, consecuencias económicas o profesionales, etc. cuya invocación posterior es improcedente.

d. Impugnación.

1) Medidas disciplinarias en general.

La impugnación de la medida disciplinaria es la instancia esencial del derecho de defensa que el trabajador puede ejercer dentro de los 30 días corridos de notificada la medida (art. 67 LCT). El cuestionamiento puede dirigirse a la procedencia sustancial, el tipo o extensión de la medida disciplinaria a los fines de la suspensión, sustitución y reducción.

No se indica que este recurso deba ser presentado por escrito, pero es posible el inseguro medio oral dentro del marco

de los deberes de buena fe e informalidad. La presentación, por sí, por intermedio del representante sindical o de la autoridad de aplicación, surte el efecto de dejar “no firme” la sanción, siempre que se interponga dentro del plazo legal.

La LCT no le otorga carácter suspensivo de la medida. Pero las alegaciones y pruebas del sancionado requieren de tramitación, respuesta adecuada y racional del empleador y justifican la exigencia de suspensión de la ejecución de la pena salvo la extrema gravedad del art. 242 LCT. Eso sí, el carácter de plazo de caducidad implica la necesidad del cuestionamiento de la sanción para que se resuelva rápidamente dentro de la empresa. Mientras tanto la impugnación se mantiene viva durante el plazo de prescripción bianual (art. 256 LCT).

En todo caso, sólo un pronunciamiento jurisdiccional podrá dar la última palabra. Agotados los 30 días sin ser recurrida, la sanción se considerará consentida y de difícil revisabilidad salvo que exista lesión subjetiva, imposibilidad de hecho de ejercer la impugnación (enfermedad del sancionado, defectos de notificación, por ejemplo) o nulidad del acto jurídico mismo.

2) Suspensiones.

El subtipo de las suspensiones posee un régimen específico inserto el título X de la LCT, capítulo V, “De las suspensiones por causas económicas y disciplinarias”. En este apartado se que la falta de aceptación del trabajador, sumada a el exceso de los plazos máximos de suspensión, hasta 90 días en el año, a darse despedido o a reclamar los haberes correspondientes (art. 222 LCT).

Ahora bien, la impugnación en tiempo y forma sumado al incumplimiento de las condiciones de causa, plazo y notificación permiten la conservación del derecho remuneratorio (art. 218 a 223).

La pregunta es si en estos casos, el empleador puede aplicar el descuento de haberes en forma inmediata o debe aguardar la resolución judicial definitiva de la impugnación interpuesta por el trabajador. De esto nada dice la LCT al respecto. Pero el hecho de que se reconoce el derecho remuneratorio del trabajador en caso de suspensiones incorrectamente aplicadas, sin condición o diferimiento alguno, permite admitirlo, máxime si se otorga al medio impugnativo, el carácter de recurso suspensivo.

J. Principios y pautas de debido proceso.

1. Legalidad.

La LCT no contiene un código de fondo acerca de tipos contravencionales y sus respectivas medidas disciplinarias. Del tal forma, la regla elemental de legalidad contravencional, es decir, la existencia de ley y pena previa al proceso es en principio de carácter genérico. Ello afecta una elemental regla democrática que consiste en otorgar a quién es objeto de un daño sancionatorio (lo es la suspensión por la pérdida salarial, por ejemplo) conocer previamente a qué atenerse, la regla de conducta a respetar o no transgredir y el castigo correspondiente. Ello ocurre hasta en el ámbito administrativo o contravencional y en todo conjunto de reglas sociales como las de tránsito por ejemplo.

En el sistema argentino, la legalidad es declarativa y general conforme “los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales⁶², las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren” (art. 68 LCT). Se pueden agregar como fuente de la legalidad contravencional, los acuerdos individuales y los usos y costumbres empresarios.

Es necesaria entonces la construcción de una legalidad empresarial en cada contrato de trabajo sobre la base de la legislación heterónoma y autónoma. Por ahora, se da la construcción de la legalidad permanente mediante la indicación de conductas admitidas y no admitidas por el empleador, lo que puede derivar en una legalidad cambiante u orientada a la persecución.

Un ejemplo, es la “pérdida de confianza” que el empleador puede invocar sobre la base de la trasgresión de los deberes ge-

62 En forma parcial aparece por ejemplo en el Estatuto del Periodista Profesional, Ley 12.908: “Art. 39º) Son causas especiales de despido de los periodistas profesionales, sin obligación de indemnizar ni preavisar, las siguientes: a) La situación prevista en el Art. 5º de esta Ley; daño intencional a los intereses del principal y todo acto de fraude o de abuso de confianza establecido por sentencia judicial; b) Inasistencias prolongadas o reiteradas al servicio; c) Inhabilidad física o mental o enfermedad contagiosa crónica que constituya un peligro para el personal, excepto cuando es sobreviniente a la iniciación del servicio; d) Desobediencia grave o reiterada a las órdenes e instrucciones que reciban en el ejercicio de sus funciones; e) Incapacidad para desempeñar los deberes y obligaciones a que se sometieron para su ingreso, en el periodo de prueba establecido en el Art. 25º. Esta última causa sólo podrá invocarse en relación a los treinta días de prueba”.

néricos de los arts. 62 y 62, deberes de diligencia y colaboración del art. 84 LCT, el deber de fidelidad del Art. 85 y el cumplimiento de órdenes e instrucciones del art. 86 LCT⁶³. Presenta caracteres de conducta subjetivos y objetivos de entornos imprecisos solamente dilucidables en cada caso y frecuentemente mediante acciones judiciales.

2. Tipicidad.

La conducta sancionable debe adquirir los rasgos objetivos de *antijuricidad* y subjetivos de la *voluntad* tipificados en la norma represiva general o especial. La consideración del primer punto requiere de la operación técnica según las técnicas de un derecho contravencional, de tal forma que el ajuste de la operación jurídica sancionatoria respecte este aspecto esencial del derecho defensa laboral.

El detalle conductas típicas no aparece en la LCT como ocurre en la CLT de Brasil (art. 482) o el Estatuto de los Trabajadores de España (art. 54), aunque puede ser recepta en CCT, estatutos profesionales o los reglamentos de empresa que vienen a prevalecer en cada caso de ser más favorables para el trabajador. En el plano convencional, es igualmente aplicable esta regla, siempre que esté normado como ocurre en el CCT de Futbolistas de 2009⁶⁴ y convenios de empresa⁶⁵.

63 TSJCba. “Calderaro C/ Bco. de Galicia y Bs. As. SA” (16/8/06) “Como antes expresara esta Sala en “Re... c/. Tagle...” (Sent. N° 45/05), en la pérdida de confianza subyace el subjetivismo que, aunque precisa de un indicador objetivo, no de una conducta intencional si el contexto genera dudas razonables acerca de la buena o mala fe del dependiente. Tampoco es un requisito que el proceder ocasione un daño de magnitud a los intereses del principal”.

64 CCT 557/09 AFA-FAA. Art. 18. “SANCIONES AL JUGADOR POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES: El club deberá dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por la ley de contrato de trabajo en materia de suspensiones por causas económicas y disciplinarias. Ninguna medida disciplinaria ni sanción económica podrá aplicarse al futbolista que suspenda la prestación de sus servicios en razón de la falta de pago de su remuneración, previa intimación con una antelación mínima de dos días hábiles por telegrama colacionado (L. 23789) o carta documento. Toda sanción deberá ser adecuada a la gravedad de la falta cometida. No podrán aplicarse dos sanciones por una misma falta, ni transformarse una sanción en otra más grave. Será condición de validez de toda sanción su contemporaneidad con la falta cometida. En caso que el futbolista faltare al cumplimiento de sus obligaciones laborales con el club, este podrá: a)

3. Certeza probatoria, el in dubio pro operario procesal (art. 9 LCT) y norma más benigna.

Si en la materia se opera con principios y reglas contraven- cionales y laborales específicas, la fundamentación de las medidas disciplinarias, debe adquirir solidez, certeza y exactitud despejando todo tipo de duda. En su rol de “administrador de justicia” contraven- cional, el empleador debe ahorrarse márgenes de arbitrariedad o ausencia de fundamentación. En concreto, *mutatis mutandi*, la valoración de la prueba debe obedecer a las clásicas reglas de la sana crítica racional, incorporando las pautas de la lógica y de la experiencia.

Las construcciones indiciarias, con pruebas contradictorias o insuficientes, son debatibles y en todo caso caerán bajo la óptica del segundo párrafo del art. 9 de la LCT respecto de la apreciación de la prueba⁶⁶. Esta norma es aplicable a la apreciación de la prueba en materia sancionatoria conforme **la reglas del in dubio pro operario procesal**. En efecto, si la duda recae sobre la “prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.⁶⁷ Precisamente, el texto obliga a que quien aprecia la prueba frente a una posible falta disciplinaria y es tarea primariamente de los empleadores como “encargados” de esa

Amonestarlo. b) Suspenderlo sin goce de retribución alguna por un período fijo que no podrá exceder de treinta (30) días corridos en un año, contado a partir de la primera suspensión, con obligación de continuar con sus ejercicios de entrenamiento. Para que el club pueda hacer efectivas las sanciones disciplinarias aplicadas con justa causa al futbolista, será necesario que la entidad no esté en mora en el pago de las remuneraciones del futbolista sancionado”.

65 CCT N° 1099/2010 “E”, ASOCIACION DEL PERSONAL DE DIRECCION DE LOS FERROCARRILES ARGENTINOS (A.P.D.F.A) y la ADMINISTRACION PORTUARIA DE PUERTO MADRYN. Establece en su art. 50 a 53 las sanciones disciplinarias consistentes en apercibimiento, suspensión de hasta treinta (30) días y despido, describiendo las conductas típicas en cada caso. El CCT de APTA con FADEA (Ex Lockheed), trae un capítulo completo con definiciones, tipos y reglamento procesal. El C.C.T. 1101/10 “E” entre SMATA y Johnson Matthey Argentina SA, establece en s art. 29 la participación de la comisión interna de reclamos o delegados en la aplicación de medidas disciplinarias.

66 Voto de la minoría en S. VII, CTCba. en “Rodríguez Quilta E. c. Georgalos Hnos. SAIC” (7/11/06). Se valoró la existencia de testimonios y constancias contradictorias que generaban dudas sobre las reales circunstancias del despido de una actora con veinte años de antigüedad laboral.

67 SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, *El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba*, RDLSS 2009-11-980 y *La prueba testimonial a la luz del in dubio pro operario*. La Ley Online.

valoración, se decidan en sentido favorable para el trabajador. En consecuencia la duda probatoria imposibilita toda aplicación de sanciones.

Debe llamarse la atención que estas reglas son comunes a la actividad contravencional y disciplinar, hasta en las cárceles⁶⁸.

En materia de **sucesión** de normas aplicables de carácter legal o autónomo (CCT, acuerdos de empresa, etc.), debe aplicarse el **principio de ley más benigna** en la aplicación e interpretación sancionatoria.

4. Principio pro homine.

La sentencia de la CSJN «Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas» de 2007, estableció la aplicación laboral del principio *pro homine*, pro persona o a favor del hombre con fuente en el DIDH incorporados a la CN mediante el art. 75 inc. 22 CN. Según la CS, esas reglas “determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”. “Y esta pauta –aclara– se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho hu-

68 Caso de un internado al que se le encontró un teléfono celular lo que esta vedado por los reglamentos internos del establecimiento carcelario. Juz. N° 1 Ejecución Penal, Al N° 7 del 18/02/2009, “Mac Harg, Sergio Walter s/ Ejecución de pena privativa de libertad”: “Las garantías procesales que se vinculan con el proceso penal resultan aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores. Por eso en el procedimiento disciplinario penitenciario han de regir los principios y garantías propios de aquél (proceso penal) “como el derecho a la tutela judicial, el derecho de defensa, el derecho de presunción de inocencia (...)”, etcétera (cfr. Vicenta Cervelló Donderis, Derecho penitenciario, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 253/254). Precisamente, una de las consecuencias que se derivan del principio jurídico de inocencia -con expreso reconocimiento constitucional (artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) - (cfr. Alberto Bovino, Problemas de Derecho procesal penal contemporáneo, Ediciones del puerto, Bs. As., 1998, pp. 133 y ss.) se relaciona “con la garantía del in dubio pro reo que, como se sabe, requiere que la sentencia de condena (en este caso, el acuerdo sancionatorio administrativo) y la aplicación de una sanción penal (aquí, de carácter disciplinario) esté fundada en la certeza del tribunal (léase, de la administración) que resuelve el caso acerca de la responsabilidad penal del imputado” (cfr. José Daniel Cesano, “Influencias de los pactos internacionales constitucionalizados en el proceso penal”, Pensamiento penal y criminológico, Año IV, N° 6, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 101. Las aclaraciones me corresponden). Dicho en otras palabras pero en un sentido similar al argumentado: el principio in dubio pro reo “atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales excluyentes de la certeza” (cfr. José I. Cafferata Nores, Proceso penal y derechos humanos, Ediciones del puerto, Bs. As., 2000, p. 75).

mano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales”.

El principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho. Este principio aparece como paralelo o coadyuvante a principio protectorio porque ambos van dirigidos a otorgar preferencia excluyente a la interpretación más protectora de los derechos humanos implicados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio *pro homine* implica la interpretación extensiva de los derechos humanos y la interpretación restrictiva de sus limitaciones. Explica que los derechos laborales son aquellos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional y dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando el principio *pro homine*; es decir, aplicando la norma que mejor proteja a la persona humana, incluso en su condición de trabajador⁶⁹.

5. Inocencia.

a) Enunciado.

En el proceso sancionatorio, el trabajador goza del estado de inocencia, hasta que no se pruebe su responsabilidad infractora, una regla universal del derecho de defensa. Fue receptada por el Tribunal Constitucional Español (S. 37/1985) en caso de despido, aunque sujeta luego a discusión por entenderse que la presunción de inocencia no es de aplicación a los despidos porque no se desenvuelve el *ius uniendo estatal* y no se incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente⁷⁰. Sin embargo, esta posición lleva a negar de algún modo la cons-

69 Derecho a la igualdad y a la no discriminación de los migrantes indocumentados, *Opinión Consultiva OC-18*. En ese sentido, el organismo internacional sostiene que son derechos fundamentales del trabajador, en este caso migratorio: “La prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización”.

70 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, 413, cit. por BAYLOS-PÉREZ REY, op. Cit. 95.

titucionalidad del derecho de defensa y el principio de inocencia del trabajador en proceso disciplinario que desemboca en una medida correctiva o el despido⁷¹. Ciertamente, aunque no sea admisible la punición privada, existe proceso disciplinario y no puede ser ajeno a las reglas básicas que lo gobiernan tanto en el ámbito laboral como en otros órdenes⁷².

El principio de inocencia es particularmente operativo en el curso del contrato de trabajo y la diversidad de vicisitudes, como es el trato a la persona del trabajador, el derecho a ser informado, etc. Pero es particularmente fuerte cuando se acerca la crisis disciplinaria del contrato de trabajo⁷³.

En principio, también en el ámbito laboral, nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo cuando resulta imputado por una infracción.

La regla de la presunción de inocencia, obliga al empleador a:

- a) Cargar con la prueba sobre la existencia de la infracción.
- b) No valorar el silencio o abstención del trabajador a declarar como una prueba en su contra, salvo que se encontrara obligado a dar explicaciones concretas.
- c) Facilitar la defensa del imputado.
- d) Apreciación restrictiva de la prueba confesional.

b) Valor de las confesiones o descargos.

Cobra particular importancia la instrumentación y valoración de la **confesión o el descargo** realizado por el trabajador⁷⁴. En todos los casos, debe prevenirse de que se trata de un descargo previa imposición de los hechos y pruebas que obran en su contra⁷⁵. Por el contrario la recepción de la

71 BAYLOS-PÉREZ REY, op. Cit. 95.

72 En el juzgamiento de una falta disciplinaria carcelaria consistente en posesión de un penado de un teléfono celular se aplican las reglas básicas del derecho de defensa en sumario administrativo (Juz. N° 1 Ejecución Penal de Córdoba, AI N° 7 del 18/02/09, "Mac Harg, Sergio Walter s/Ejecución de pena privativa de libertad")

73 PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992, p. 272.

74 S. VII CTCba. en "Catania, Javier Marcelo c. Libertad SA" (19/12/06), en que se trata la falta de valoración y ocultación procesal del descargo producido por el actor previo a su despido disciplinario.

75 TSJCba. "Magliano Mario C/ Banco Provincia de Córdoba" (5/7/07). Se convalido la confesional: "Sin embargo, de los antecedentes del caso la patronal

confesión como forma de testimonial, invalida la prueba y la regularidad del acto y del despido posterior⁷⁶. Es de observar que esta prueba personalísima, se recepta en el ámbito físico del poder de dirección del empleador y en la mayoría de los casos sin asistencia legal o sindical lo que por supuesto, significa en principio la presunción de desconocimiento del derecho de defensa en proceso.

No parece haber dudas que en este caso, pueden verificarse “renuncias” que caen bajo la óptica del art. 12 LCT y actos volitivos viciados conforme lo dispuesto por el art. 954 y 1045 CC. La violencia, intimidación o simulación en el acto de recepción de estas pruebas, llevan a su nulidad.

La conclusión del proceso mediante la llamada “*probation*” (juicio abreviado penal), tampoco lleva a tener como acreditado y confesado el hecho base de la sanción disciplinaria⁷⁷.

Igualmente, el principio de inocencia reina en los casos de *suspensiones preventiva* del art. 224 LCT por denuncia del empleador o de terceros y *precautoria o investigativa*. Todo adelantamiento de medidas que impliquen alterar el estado de sospecha para convertirlo en certeza sobre la comisión de un delito o de una falta disciplinaria, transgrede el principio de inocencia.

En esta dirección, de todos modos, cuando se realiza un sumario, es elemental otorgar el derecho a formular descargo

inició un sumario al actor a raíz de un cúmulo de irregularidades detectadas en el manejo del crédito; que lo notificó de los hechos atribuidos -con detalle de las cuentas involucradas, corriéndole traslado para presentar su descargo y pruebas y que, en oportunidad de la contestación, el dependiente reconoció su efectiva participación en las maniobras imputadas”.

76 S. VII, CTCba. “Ortiz Luis c/ Banco Pcia. de Cba.” (12/12/08): “Son elementos lesivos a tales derechos esenciales una indagatoria instrumentada como declaración testimonial sin firma de acta por parte de persona responsable, sin preservarse los mínimos resguardos hacia el derecho de defenderse tales como advertencia explícita sobre los alcances del acto, posibilidad de realizar alegaciones y ofrecer prueba, hacerse acompañar por un letrado o representante sindical, etc. Todo ello lleva a la nulidad de esas constancias en tanto sirvieron de base esencial para el dictado de la resolución del directorio de fecha 17/11/04” (de despido del actor).

77 S. X, CNAT, “Ramírez Cardozo, Cintia c/ Cátala, Jorge y Toloza Manuel SH”, 6/3/07: “La conclusión del proceso penal por el art. 76 bis, 3er. Párrafo, CP, no implica la confesión de la comisión del hecho, no es una condena sino una solución transaccional que finaliza la contienda lo cual no implica certeza sobre el hecho imputado”. También, S. VII, CTCba. en “Quinteros, Juan Carlos c. Planta Flor SA”, (23/11/06).

bajo pena de nulidad. El telegrama de despido obrante a fs. 5 notifica todos los incumplimientos que se le imputan a la actora conjuntamente con la sanción que adopta en el mismo acto cual es el despido de la empresa, siendo patente que realizó la investigación sin haber pedido un mínimo descargo a su dependiente, lo que torna nula la decisión por violación de garantías fundamentales como lo son el debido proceso y derecho de defensa, que no solo los tiene el trabajador como ciudadano sino también en el seno de la empresa, en aquello que el recordado Profesor Oscar Ermida Uriarte denominaba derechos inespecíficos” (CATrab. sala VI, “Ugarte, Vanesa Judit c. Arcos Dorados Argentina S.A. s/despido”, 30/11/11)⁷⁸.

c) El valor del silencio.

No se ignora que el principio de buena fe obliga a las partes a explicitar las razones de determinadas conductas. Es posible que el empleador emplace a que el trabajador explique actitudes, pero el **silencio, la abstención o la negativa genérica** de los hechos que se le imputan, no llevan en forma directa al reconocimiento de la existencia de la falta. Es de recordar que las intimaciones y presunciones consecuentes del art. 57 LCT son unidireccionales hacia el empleador⁷⁹ y tienen directa vinculación con los derechos irrenunciables previstos en el art. 12 LCT. Es decir, los silencios o la inactividad solo excepcionalmente operan en contra del trabajador como es el caso del que es necesario para fundar un despido por abandono de trabajo (art. 244 LCT)

Por su parte el art. 58 de la LCT, indica que «... no se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a **cualquier otro derecho**,

78 La Ley Online, AR/JUR/80298/2011.

79 CTSan Francisco, “Fierro, Fabián C/Matadero y frigorífico Las Varillas S.A.”, 16/12/04: “el hecho de que no se rechace la causal invocada por el empleador, no trae aparejado la pérdida de ningún derecho, ya que mientras el reclamo se instrumente en el plazo de la prescripción, puede ejercerlo. No existe por otra parte ninguna norma que, al modo en que lo hace el art. 57 R.C.T. con el empleador, obligue al trabajador a expedirse; por el contrario, el art. 58 R.C.T. prohíbe presumir en contra de los derechos del trabajador, lo cual refuerza el principio de irrenunciabilidad –art. 12 R.C.T.-, excepto que exista un comportamiento inequívoco en aquel sentido”.

sea que las mismas deriven de **su silencio o de cualquier otro modo** que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido...» (sub. del autor).

En tal sentido, se ha indicado «... en virtud del principio de irrenunciabilidad que emana de los artículos 12, 58 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo el silencio del trabajador no puede ser interpretado en su contra, pues, la normativa citada excluye expresamente la procedencia de la admisión de presunciones que conduzcan a sostener la renuncia por parte del empleado a cualquier derecho derivado del contrato de trabajo...» (S. IX, CNAT, 10/02/09, “Cejas, Norma Beatriz c. Valmed S.A. y otros s/despido, DJ 17/06/09, p. 1676)⁸⁰.

Por supuesto que esta regla no rige cuando el trabajador se encuentra obligado a realizar un hecho positivo como explicar la ausencia o imposibilidad de concurrir a trabajar, como es el caso del art. 244 referido al abandono de trabajo o existen emplazamientos específicos sobre aclaraciones o explicaciones sobre conductas.

6. Contradictorio.

En principio y como regla general de buena fe y deberes de colaboración y solidaridad a más de la preservación del derecho de defensa, toda disposición de medidas disciplinarias debería estar precedida de un proceso contradictorio que asegure un resultado motivado. En caso se producirse un sumario con la producción de prueba y la aplicación de una medida disciplinaria, la falta de participación del afectado, la imposibilidad de ofrecer ni controlar prueba, importa una conducta lesiva del derecho de defensa. La regularidad del ejercicio del derecho de defensa en este plano es clave⁸¹.

80 Ver: GABET, EMILIANO A. GABET, Alejandro “Interpretación y valoración judicial del silencio del trabajador”, La Ley 14/08/09, donde se cita CNTrab., sala X. 17/04/2002, Mayer, Eliane c. Liga Israelita Argentina contra la tuberculosis y de medicina preventiva y otro (DT 2003-A, 77), CSJN, “Padín Capella, Jorge c. Lithoformas” sent. del 12/03/87, Fallos:310:558; CNTrab., sala II. 21/10/2008, Relats y de Dalmases, Javier c. Ceteco Argentina S.A. y otro (La Ley Online.

81 CSJBA, “Melcon, Héctor Oscar vs. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Demanda contencioso administrativa”, 01/06/2011: “Corresponde desestimar la pretensión incoada por el actor contra su ex empleador (entidad financiera pública) dirigida a lograr la anulación de la sanción de cesantía que le fuera aplicada por haber agredido físicamente a personal jerárquico. Para así decidir

El desconocimiento del libre ejercicio de ese derecho en el curso de la relación laboral no puede ser indiferente a la hora de valorar ex post facto la conducta de buena fe de las partes⁸². Después de todo, el empleador gana en certeza al adoptar decisiones disciplinarias si ha dado oportunidad de que el trabajador se defienda. En otros términos, la decisión es obviamente más fundada.

7. Regularidad de la prueba.

1) Regla general.

La recolección de prueba que pueda fundar la sanción o el despido disciplinario debe igualmente respetar la regularidad del proceso. Es imprescindible que tanto desde el punto de vista formal como sustancial, las pruebas sean regularmente incorporadas y legalmente posibles.

2) Confesionales.

En los casos de pruebas **confesionales**, se debe prevenir al sumariado sobre los hechos que se investigan⁸³. La recepción de esta indagatoria con forma de “testimonial” es obviamente nula y arrastra la nulidad del proceso.

se consideró que la medida rescisoria dispuesta se ajustó a derecho al haberse comprobado en el respectivo sumario la falta administrativa atribuida y su gravedad, no advirtiéndose vicios en el procedimiento ni de índole sustancial que permitan hacer lugar a la nulidad articulada. De manera particular se analizó el estado de salud en que se encontraba el agente cesanteado durante la sustanciación del sumario administrativo, concluyendo que el mismo no configuró un obstáculo para que ejerciera su derecho constitucional de defensa en juicio” (RC J 10423/11).

82 S. VII, CTCba. en “Quinteros, Juan Carlos c. Planta Flor SA”, (23/11/06), se valoro como elemento negativo, la conducta de la empleadora de imposibilitar al trabajador ejercer su derecho de defensa no obstante haberse labrado un sumario que concluyó con el despido disciplinario.

83 TSJCba. “Magliano Mario C/ Banco Provincia de Córdoba” (5/7/07). Se convalido la confesional: “Sin embargo, de los antecedentes del caso la patronal inició un sumario al actor a raíz de un cúmulo de irregularidades detectadas en el manejo del crédito; que lo notificó de los hechos atribuidos -con detalle de las cuentas involucradas, corriéndole traslado para presentar su descargo y pruebas y que, en oportunidad de la contestación, el dependiente reconoció su efectiva participación en las maniobras imputadas”.

3) Testimoniales.

Del mismo modo, es necesario observar la incorporación de pruebas **testimoniales** obtenidas en el seno de la empresa bajo la obvia presión de la relación de dependencia del declarante y la validez de la metodología de obtención de **documentos** u otros **medios de prueba**.

Para el caso, rigen igualmente los criterios de impugnación de validez de los testimonios según las “generales de la ley”, debiendo cuidarse especialmente que los testigos presten declaración con libertad y no bajo presión de sus propios despidos o sanción disciplinarios. En este aspecto, si la relación de dependencia es de por sí un elemento de presión, la **ambientación** de la testimonial en el seno de la empresa y con la presencia de quienes tienen poder de dirección hasta la misma liquidación incausada del contrato de trabajo, significa un fuerte condicionamiento que la relativiza. De ahí que es necesario en su caso, su ratificación y valoración judicial.

4) Documentos.

En “**Ossa Peña, Danilo Enrique c. Liberty Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A**” (10/02/09), la CSJN invalidó la incorporación de documentos en un proceso destinado al pago de una resarcimiento laboral (ver detalle más adelante).

5) Pruebas ilícitas.

Como regla general, la decisión disciplinaria debe construirse sobre prueba regular y no prohibida o directamente ilícita. La estructura formativa se derrumba o resiente al menos si está fundada en medios probatorios obtenidos ilegal o ilícitamente, es decir, la el medio de prueba que surge como “**fruto de un árbol prohibido**”.

El veneno de una prueba no regular intoxica el procedimiento de tal forma que igualmente resulta indigerible para el derecho el resultado punitivo que no respeta tanto el derecho de defensa como otros valores y límites esenciales. Se analizan algunas de las posibles formas de trasgredir estas reglas. Dentro de este rango de pruebas ingresan las intervenciones telefónicas⁸⁴ y co-

84 CNACC s. 1. “Azcarate, Javier”, 19/5/08.

reos electrónicos⁸⁵, “sistemas de monitoreo personal”, controles personales invasivos de la vida personal o no debidamente informados a la autoridad de aplicación y al trabajador. Estas prevenciones aparecen patente en “**Carranza Elvio R. C/Veizaga José Luis ot.**”, de la S. II CTCba, del 10/11/09. En este caso, el despido se fundó en la filmación y seguimiento clandestino (agencia de seguridad) del actor a los fines de documentar la sustracción de mercadería. El tribunal consideró que trataba de una prueba ilegal que no puede sustentar un despido causado⁸⁶.

K. Principios de aplicación e interpretación.

1. Cuadro general.

En el *ámbito civil* la calificación de conductas infractoras es derivada al criterio de los jueces, conforme la formulación del art. 512 CC ya que efectúa un enunciado abierto de actuar diligente y conforme las circunstancias de las personas, tiempo y lugar⁸⁷. En esta norma, Dalmacio Vélez Sarsfield descartó la graduación de las Leyes de Partida en culpa grave, leve y levísima, lo que amplifica la labor del intérprete y el juzgador⁸⁸.

El *sistema penal*, como no podría ser de otro modo, realiza una rigurosa reglamentación de conductas, dejando márgenes acotados de discrecionalidad del juzgador

85 S. VII, CTCba. “Cardellino, Evelio Juan c. Luis Scorza y Cía. SA” (21/10/05).

86 Del voto de la Dra. Silvia Díaz: “En el caso de autos el DVD en examen, conforma un medio probatorio obtenido subrepticamente, sin participación del señor Carranza, ni de un juez que la supla. De tal manera se incurre en una vulneración del derecho a la intimidad y de la garantía de defensa, que impide se lo evalúe como elemento de convicción. En tales condiciones, el Tribunal no se encuentra autorizado para sustentar su decisión en material probatorio que se encuentra viciado por haber sido obtenido en violación de las formas procesales para su recolección, esto es, sin ajustarse al principio de formalidad y legitimidad de la prueba. Esta decisión encuentra respaldo en la doctrina y en la jurisprudencia”.

87 Art. 512. “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

88 Ver LUQUE, CARLOS ALBERTO, *Facultades disciplinarias del empleador, La Ley on line* y la extensa nota de Vélez Sarsfield al artículo 512 CC.

En el caso de las **sanciones disciplinarias laborales** no hay una codificación especial de conductas, como ya se dijo, pero el art. 242 exige injuria que por su gravedad imposibilidad la continuidad contractual. Pero la valoración está derivada al actuar prudente de los jueces “teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso”.

Finalmente, la LCT incorpora conceptos fuertemente abstractos como son las reglas de justicia social y equidad en las condiciones de labor lo que incluye naturalmente la materia sancionatoria (art. 14 bis CN y art. 11 LCT). En el mismo nivel la necesidad de justicia que se invoca cuando se utiliza reiteradamente la fórmula de “justa” causa. Esos conceptos se realizan a través de diversos enunciados, algunos positivos y otros doctrinarios o interpretativos.

2. Las reglas esenciales.

a) Buena fe y respecto de la bilateralidad de la relación de trabajo.

El principio de buena fe contractual es transversal al derecho ya que retoma la innata cuestión de la ética, el respeto y la honestidad en los comportamientos mutuos, especialmente contractuales (art. 1198 CC y 9, 11 y 63 LCT). Ello lleva a un tema inmenso de difícil desarrollo. Sin embargo, el punto que se quiere resaltar es que así como un magistrado o el órgano judicial debe sujetarse a reglas legales y éticas para que su producción jurídica (sentencias) sea respetada y aceptada como ejemplo de legalidad, el empleador debe cumplir con las regulaciones legales y conductas éticas para exigir un comportamiento simétrico del trabajador.

El empleador es el conductor de una actividad económica o de servicios y de las personas que trabajan en establecimiento, estando obligado a actuar con prudencia y responsabilidad, con pleno conocimiento de “las cosas”, en el sentido amplio del código civil. Como dice el art. 902, “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

Las alteraciones de la bilateralidad de obligaciones contrac-

tuales autorizan la eximición de responsabilidades frente al incumplimiento de una de las partes, conforme los arts. 510 y 1201 CC⁸⁹. Estas normas autorizan a que el trabajador se exceptione en el cumplimiento de sus obligaciones mientras, por ejemplo, el empleador no abone salarios.

Igual vara debe emplearse cuando el empleador ejerce el poder disciplinario mientras, por ejemplo, mantuvo una relación de trabajo irregular por falta de registración de la real fecha de ingreso del trabajador o pagó remuneraciones parcialmente en negro y no cumple con corregir la situación ilegal⁹⁰. La omisión de pago de las remuneraciones es un acto fuertemente inhibitorio de los poderes del empleador y lo descalifica para ejercer el despido disciplinario⁹¹, inclusive cuando el dependiente realiza huelga con ocupación de establecimiento⁹².

b) Causalidad.

La “justa causa” aludida en los arts. 218, 219, 242 y 243 de la LCT, implica la conexión causa-efecto, lo que se liga a las restantes reglas a verificar. El nexo causal exige una relación directa e inmediata entre trasgresión y pena. Tal operación de

89 “Art. 510. En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”. Art. 1201. “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”.

90 S. VII, CTCBa. en “Quinteros, Juan Carlos c. Planta Flor SA”, (23/11/06), la empleadora despidió a un trabajador por sustraer un bidón de dos litros de insecticida que luego devolvió y se probó que había mantenido al trabajador por un largo lapso sin registración. Esos hechos, junto a otros, fueron tenidos en cuenta para la desestimación del despido.

91 S. VII, CNAT, “Barrera Cristian C/Frigorífico La Pompeya SA” (2/2/07). El trabajador pronunció un exabrupto contra el empleador con motivo de la falta de pago de haberes y en el contexto de la utilización habitual de las palabras involucradas en el hecho.

92 S. III, CNAT, “Kusema, Liliana Elizabeth c. Pascale, Antonio y Luis Laquis Soc. de Hecho”, 18/12/08. “Es improcedente considerar ajustado a derecho el despido dispuesto por el empleador ante la participación de los actores en una medida de fuerza y su permanencia en el establecimiento, debido a que de la prueba colectada surge que las remuneraciones no fueron abonadas durante un largo período, se trataba de personal que contaba con una extensa antigüedad en el empleo y al comunicar la cesantía no se hizo mención alguna a la extensión temporal de dicha permanencia ni se acreditó tal circunstancia” (Publicado en: LA LEY 13/03/2009, 4, con nota de Alejandro Gabet; Emiliano A. Gabet).

fijación de hechos y derecho excluye la posibilidad de incorporar elementos indirectos o coadyuvantes. El respeto de la causalidad es básico para la construcción del análisis, la interpretación y aplicación del derecho especialmente respecto de la tipicidad de la trasgresión, su prueba y la aplicación de la sanción.

En el caso del despido, la LCT permite evadir el sistema de causalidad extintiva exigido por el Conv. 158 y adoptada por los ordenamientos continentales europeos como los de Francia, España, Alemania e Italia, ya que se puede adoptar el atajo del despido sin expresión de causa (art. 245 LCT).

c) Razonabilidad.

La razonabilidad en las acciones humanas de relación es una exigencia general del derecho ya que integra sus principios o máximas más extendidas. En este caso, exige a quién actúa el sistema sancionatorio con criterios lógicos o de sentido común. La actividad represiva no debe encubrir arbitrariedad, subjetivismos, discriminación, la precipitación reactiva sin raciocinio previo, poner en juego pasiones por encima de fin propuesto, el capricho y, fundamentalmente, el propósito de venganza o persecución antojadiza.

En la LCT estas reglas aparecen por incorporación de los principios generales del derecho y del derecho del trabajo y las reglas especiales de conducción empresaria (art. 11, 62 a 69 LCT).

d) Proporcionalidad o adecuación de falta y penalidad.

Sintéticamente, la pauta de proporcionalidad del art. 67 LCT y aceptada en el caso del despido con justa causa para apreciar la injuria, significa el ajuste o armonía entre la falta cometida y los medios empleados para corregirla o reprimirla. El avance de la cultura jurídica en materia penal y contravencional evita esta difícil operación mediante los códigos o reglamentaciones de tal manera que se garantiza que a cada conducta le corresponde determinada pena. La regla de la proporcionalidad es etérea y genera márgenes de discrecionalidad y subjetivismo que afecta la legalidad y el derecho de defensa en la materia. Según el ordenamiento de la LCT **¿Por qué cinco días de suspensión para determinada falta y no cuatro?**

Se acepta que la proporcionalidad exige la adecuación entre medio a fin; la selección de penalidades menos gravosas y que mejor cumplan su rol; la evitación de un daño innecesario o exagerado al aplicar el medio sancionatorio; la ponderación de la reincidencia, el daño causado, la gravedad objetiva y subjetiva del hecho sancionado, el nivel jerárquico del imputado (art. 902 CC), antigüedad, la existencia de malicia o mala fe, en fin, las pautas del art. 512 CC y del art. 242 segundo párrafo LCT para el caso.

e) Contemporaneidad o inmediatez.

La relación de tiempo entre falta y represión es un símbolo de la disposición sancionatoria, del funcionamiento racional del sistema represivo, del nivel de tolerancia de la falta y la demostración de la racionalidad y coherencia de las conductas empresarias. Dado el carácter dispositivo de la sanción, la capacidad del empleador de tolerar las inconductas, el alcance subjetivo de su ejercicio por parte del principal, la reacción inmediata y contemporánea es clave para su efectividad y valoración⁹³.

La valoración del lapso transcurrido no es matemática sino indiciaria o reveladora del ánimo subjetivo del injuriado para ejercer la acción rescisoria. La dilación en el proceso, sin reglas concretas en la LCT, lleva consigo al debilitamiento y definitiva caducidad o nulidad del ejercicio concreto del poder sancionatorio, salvo que medie falta de conocimiento de la falta y la necesidad de su constatación e incorporación de prueba o el resguardo del derecho de defensa⁹⁴.

93 S. VI, CNAT, "Pega, Gustavo Ricardo c. Francés Valores Sociedad de Bolsa S.A." (10/10/08). Se invalidó un despido por varios hechos graves pero que habían comenzado un año antes del despido (La Ley 3/3/09, 6, con nota de Pablo Alberto Gasquet).

94 S. III, CNAT, "Gómez Muñoz, Alicia Mabel vs. Fundación Argentina s. Despido", 11/12/08, BJC NAT N° 287, *WebRubinzal bola 04-2009 2.2.8*: "Para que el despido resulte justificado, además de que la medida rescisoria esté en proporción con el incumplimiento contractual atribuido al trabajador, es necesario que haya sido adoptada con cierta coetaneidad, vale decir que debe haber contemporaneidad o inmediatez entre el incumplimiento y la reacción de la parte afectada por la injuria. Si bien no existe una norma que establezca la caducidad del derecho para invocar incumplimientos anteriores, el lapso que media entre el conocimiento del hecho y la declaración de despido no puede ser muy prolongado. La relación cronológica entre el hecho que lo provoca y el distracto no es matemática ni fija, sino que depende del tiempo necesario para conocer cabalmente los hechos. Quien deja transcurrir un lapso prolongado sin denunciar la relación,

Sin embargo, también afecta el derecho de defensa porque quien no es prontamente sancionado, puede alentar la expectativa de que la falta fue consentida⁹⁵, no ejercer la debida articulación de recursos y ofrecimientos de pruebas en tiempo oportuno.

Es de recordar que la Recomendación Nro. 166 de la OIT (1982) sobre terminación de la relación laboral, indica lo siguiente: “Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta”.

f) Non bis in idem, no acumulación de sanciones o singularidad de la punición.

Es una regla igualmente no contemplada en la LCT, pero la obligación de singularidad en la punición y la prohibición de duplicación de penalidades es una regla general del derecho sancionatorio aplicable pacíficamente a la relación de trabajo. La renovación de las sanciones en caso de identidad de sujetos, hechos y fundamentos lleva a su descalificación⁹⁶. Esta regla obliga asimismo a la unificación de sanciones lo que significaría una suerte de concursos de “delitos” como ocurre en materia penal (art. 54 y sig. CP). Ello obliga a no procurar un agravamiento superlativo que provoque un daño distorsivo del fin perseguido.

Asimismo, es imposible la utilización de un mismo hecho para, en un primer paso, aplicar una suspensión y, luego un despido⁹⁷. Queda a salvo tal posibilidad si se previno claramente que se trataba de una suspensión precautoria destinada investigar los hechos y sin que implicara en principio la pérdida de remuneración porque este hecho es indicativo del principio de aplicación efectiva de la sanción y una lesión del principio de inocencia.

Obviamente que la regla no es absoluta porque mediante pedido de reconsideración o impugnación por parte del interesa-

está demostrando implícitamente la inexistencia de un motivo suficientemente serio para él, susceptible de hacer subjetivamente imposible –y objetivamente exigible– la continuación de la relación”.

95 TSJCba. “Magliano Mario C/ Banco Provincia de Córdoba” (5/7/07).

96 SANTANA, RICARDO, op. Cit. 148.

97 S. VII CTCba. “Benítez Mario c/Giacomelli SA” (17/6/05).

do, el tipo o extensión de la sanción podría revisarse. Solamente podrá admitirse una *reformatio in melius* de la gravedad o el tipo de sanción previo pedido o aceptación expresos. El empleador puede suprimir la sanción frente al recurso impugnativo o el ofrecimiento o aparición de alegaciones o pruebas que lleven a tal medida, declarar una suerte de amnistía o indulto o simplemente retractarse. Esta última alternativa está descartada en caso de despido ya que es irrevocable salvo acuerdo de partes (art. 234 LCT).

g) Gradualidad o carácter preventivo, ordenador y pedagógico de la penalidad.

Esta regla de gradualidad no tiene expresión positiva. Sin embargo, en la hipotética escala de penalidades, la de carácter máximo, el despido, se coloca en su extremo. Toda conducta juzgada que permita la continuidad del vínculo laboral, debe merecer una condena menor ya que la injuria es solo aquella grave y que permite la continuidad de la relación (art. 242 LCT).

Ello importa que por encima del problema disciplinador, se coloca la continuidad o estabilidad del contrato de trabajo. Las sanciones tienen como primer propósito conservarlo. Son correctivas no expulsivas. El disciplinamiento tiene como fin reencausar las conductas contrarias a las obligaciones (“anti-sociales”) y en todo caso, aleccionar, educar e informar sobre las esas actitudes. Finalmente, tienen como objetivo primario prevenir, cuando es posible, consecuencias mayores. Todo estos señalamientos llevan a que se deba acudir primariamente y cuando es posible a la graduación progresiva de sanciones con criterio de racionalidad.

h) Preservación de la dignidad.

La aplicación de las sanciones no puede lesionar la dignidad del sancionado. Así como el fin de la pena es la recuperación social de un trasgresor, la aplicación de la sanción no tiene por objetivo acosar o mortificar al responsable de una infracción. Una caso es sancionar y otra abochornar o maltratar al que pudo cometer una falta. La preservación de la dignidad ha sido receptada en el art. 14 bis, la DUDH y la CIDH, integra el concepto de trabajo decente instalado por OIT y preservado por el art. 68 LCT.

La fijación de los hechos debe evitar calificativos que lesionen la persona, su intimidad, identidad o individualidad y deben excluir toda forma de discriminación. Debe excluirse la publicidad innecesaria, magnificar los alcances de la sanción más allá del propósito correctivo y de preservación de la organización del trabajo. Estas prevenciones valen para el despido disciplinario y la publicidad dada a los actos que lo motivaron, más allá inclusive de su efectiva comprobación.

i) Igualdad y no discriminación.

Esta regla tiene por lo menos tres posibilidades de aplicación estudio. Una es la necesidad de la utilización de igual “vara” sancionatoria frente a los casos de identidad de hechos. Otra es que frente a la participación de más de un trabajador en el mismo hecho o en hechos similares debe tratarse igualmente a todos. Esta suerte de igualdad de tratamiento sancionatorio surge del art. 81 LCT inserto en el capítulo de derechos y obligaciones de las partes y constriñe al empleador a “dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones”.

El otro plano de la igualdad comprende la diversidad de hipótesis en que la actividad sancionatoria persigue un fin discriminatorio por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religión, políticos, gremiales, de edad, de salud, ideológicos o “arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” según los arts. 17, 73, 81 de la LCT, art. 1 Ley 23.592, la Ley 23.551, art. 16 y 43 CN, los Conv. OIT Nro. 111, 87, 98, 135 y los instrumentos normativos supranacionales incorporados mediante el art. 75 inc. 22 CN. En tal caso, la sanción y el despido disciplinario y discriminatorio son nulos y puede ordenarse dejarlos sin efecto o cesar en su realización si es continuo si así se lo requiere por acción fundada en la Ley 23.592, el amparo constitucional el art. 43 CN o el amparo sindical art. 47 o la acción especial del art. 52 de la Ley 23.551⁹⁸.

98 Ver jurisprudencia en nota 34 y ARESE, CÉSAR, “Discriminación ideológica y empresas de tendencia”, RDL, op. cit., 2008: “(...) el ensamble entre derechos esenciales a las personas con su sólido, coincidente y coherente bloque constitucional y supranacional de implantación, por una parte, y los instrumentos imperativos del art. 1 de la Ley 23.592 y de los arts. 43 y 72 inc. 22 CN, por otro, habilitan claramente, para obligar al cese de los efectos del acto discriminatorio

A partir de los fallos, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.”, 7/12/1023 de junio de 2011 y sus relacionados “Arecoco, Maximiliano c/ Praxair Argentina”, 23/6/11 y “Parra Vera Máxima c/ San Timoteo S.A.”, 23/8/11, de la CS la cuestión aparece claramente receptada y baña todo el sistema jurídico laboral.

j) Coherencia de actos propios.

El carácter dispositivo y de iniciativa empresarial de la actividad disciplinaria, obliga a un actuar positivo y expreso. El acto disciplinario debe adquirir claridad, coherencia y seguridad. De tal forma y en íntima relación con la pauta de inmediatez, la conducta del empleador al aplicar la sanción y sostener su regularidad debe estar ausente de actos contradictorios o de los que se deduzca un “perdón” expreso o tácito⁹⁹.

Por ejemplo: “La letra del telegrama de despido ubica a la injuria en la denuncia penal y no en el resultado del respectivo proceso, de manera tal que, habiendo tomado el empleador conocimiento de aquella y no habiendo rescindido en dicha oportunidad, debe entenderse, y así lo hicieron las trabajadoras, que ese hecho no revestía la gravedad suficiente como para dejar de lado el principio de continuación del vínculo que los unía (art. 10 LCT).” “Barrionuevo, Ana María y otras c/ A.S.I.C.A.N.A.”, STJ Santiago del Estero, 24/8/09).

L. Injuria y unicidad de la relación hechos-sanción.

Un tema que merece debate es la cuestión de la imputación de más de un hecho con aplicación de una sanción disciplinaria única y la necesidad de probarlos en conjunto para dejar fundada

o cesar en su realización, a más, claro está, de la reparación moral y material. Admitir la simple tarifación de actos discriminatorios implica, de alguna manera, la degradación monetarizada sin hacer cesar el daño personal pero básicamente social y a los derechos humanos fundamentales y universales que produce la discriminación. En otras palabras se sanciona la conducta antidiscriminatoria, pero no se la suprime. La vigencia efectiva de derechos fundamentales solo se garantiza con la liquidación de su fuente material de producción aunque no queden dudas que la sanción y la reparación integral importan igualmente un elemento disuasivo”.

99 En S.VI, CNAT, “Pega, Gustavo Ricardo c. Francés Valores Sociedad de Bolsa S.A.” (10/10/08), se tuvo que la extemporaneidad del despido (un año desde el primer hecho conocido) significó que el empleador se enfrentó “con su propia actitud complaciente o negligente”. (La Ley 3/3/09, 6).

la resolución. Por ejemplo, la capacidad de tener por justificado un distracto si, frente a la imputación de tres hechos, se comprueban uno o dos (diferencias de haberes, falta de registración y pago de haberes). Podrá responderse que dependerá de si el hecho o los hechos que alcanzaron a ser probados constituyen injuria grave según los parámetros del art. 242 LCT. El criterio que se adopte vale tanto para el despido directo del empleador como del despido indirecto del trabajador. Es decir, si tiene el hecho probado residual posee autonomía injuriante grave que igualmente no consiente la prosecución del vínculo laboral.

Desde el punto de vista del empleador, la imputación de varios hechos, obliga a generar la prueba de todos ellos, primero, y la capacidad injuriantes después de ese conjunto de incumplimientos contractuales. Sin embargo, la jurisprudencia admite el análisis de la capacidad injuriante autónoma de uno de ellos al no haberse probado los restantes (TSJCba. «Heredia José C/ Serv. Soc. Juan Carusso SACIFEI y Ot.» (4/11/08)¹⁰⁰.

Pero el criterio, puede aplicarse del otro lado, como por ejemplo en el caso de un actor que se consideró despedido por diferencias de haberes y otras causales, sin probarlas en su totalidad: “Cuando son varias las causales invocadas en la notificación del despido indirecto, la acreditación de alguna de ellas que tenga bastante virtualidad como injuria es suficiente para justificar la medida y admitir el reclamo indemnizatorio” (CNAT S. III, “Gómez, Ricardo Ariel c. Ramos, Stella Maris”, 21/05/2009, La Ley, 18/08/09). Asimismo, “cuando son varias las causales invocadas en la notificación del despido, la acreditación de alguna de ellas, que tenga bastante virtualidad o entidad como injuria, es suficiente para justificar la rescisión del vínculo y admitir el reclamo

100 En TSJCba. “Heredia José C/ Serv. Soc. Juan Carusso SACIFEI y Ot.” (4/11/08) se efectuó un examen individual de los tres hechos imputados como fundamentos del despido: “a). manejo de fondos no autorizados y reconocidos referidos a una participación de comisiones devengadas a su favor por “Florería Mi Luna”; b) Realizar operaciones de distribución de los fondos entre los empleados de la empresa, situación no conocida ni aprobada por sus superiores; c) generar una deuda a favor del proveedor mencionado de \$1.440 a pesar de haber dispuesto de los fondos para la cancelación de las facturas y haberlos utilizado con fines personales. Hechos documentados y reconocidos en nota de fecha 30/05/02”. Los dos primeros fueron descartados por no poseer prueba suficiente. En primera instancia se consideró que el tercero tenía capacidad injuriosa suficiente y se rechazó la demanda. En casación se analizó interpretó por el contrario que la conducta del trabajador y la ausencia de perjuicio por el acto reconocido por el actor, no constituyó injuria suficiente.

indemnizatorio pertinente (CNAT, Sala IV, «Aibe, Luis c/ San Jorge Soc. de hecho y otros s/ Despido»; íd. SD 94.478 del 28/12/2009, «Candeleri, Paula Inés c/ Nicart S.A. s/ Despido»; Sala VII, SD 39.827 del 28/12/2006, «Bruno, Aída Isabel c/ Siembra AFJP S.A. s/ Despido»; íd. Sala VIII, 25/03/1988, «Salamanca, Nélide Josefina c/ Numen S.A. Educacional s/ Despido»; íd., Sala X, SD 14.269, del 24/04/2006, «Beltrame, María del Carmen c/ Martín y Cía. S.A. s/ Despido», entre otros)¹⁰¹.

Sin embargo, debe objetarse que todos los hechos imputados fundan un resultado punitivo. Dos hechos pueden no resultar suficientes para el despido, pero el agregado de un tercero sí. De ahí que la falta de prueba del conjunto fáctico imputado resta suficiencia y coherencia entre hecho y resultado punitivo. Se viola la congruencia necesaria entre hecho base, aplicación del derecho y el resultado consecuente. Concretamente, la pieza de imputación se integra con las partículas de hechos que dan como resultado la sanción (incluido el despido). No es posible desestructurar ese conjunto para analizar la autonomía de cada hecho. Por caso, si se imputó como fundamento de justa causa de despido haber adulterado un documento y no reintegrar el sobrante de dinero de \$ 60 y se probó que este monto había sido restituido, la motivación queda irremediablemente resentida¹⁰².

La relación de correspondencia hecho-pena no es reformable judicialmente, solamente convalidable o descalificable. La cantidad de días de suspensión o el despido, se corresponde con una plataforma fáctica no escindible porque no se admite judicialmente el cambio de la sanción por una de carácter inferior o reducida, es decir, reducir los días de suspensión o trocar el despido por un suspensión.

M. El sumario previo a la sanción.

1. Ámbito estatal.

A diferencia de la aplicación orientadora e interpretativa del Conv. 158 de OIT, el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagratorio del derecho de defensa para

101 CNTrab. s. IV, 28/10/10, "Taboada Mónica Judith c/ Atento Argentina S.A. s/ Despido" (Actualidad Jurídica, 3/2/11)

102 CTCba. s. VII, "Alaniz, Marta Graciela c/Asociación Mutual Circulo de Suboficiales del Ejército", 22/12/11.

la determinación de derechos laborales en el proceso investigativo administrativo, tiene aplicación operativa. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)¹⁰³, ha indicado que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso (...)”¹⁰⁴

En el Caso Baena Ricardo y otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos volvió a fijar posición en la materia: “En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que: a) *el debido proceso no puede entenderse circunscrito a las actuaciones judiciales; debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares (...)* la administración debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa...”

En el ámbito de empresas, organismos descentralizados y autárquicos que se rigen por la LCT pero a la vez mantienen el carácter estatal, tal doctrina es también de plena aplicación. Por ejemplo, en el caso de un sumario administrativa que concluyó con el despido de un trabajador bancario en el que, en forma simultánea se lo suspendió y se le tomó declaración testimonial, sin indicarse su condición de imputado ni advertirle de su derecho a defenderse, procurar asistencia letrada o sindical u ofrecer prueba¹⁰⁵.

103 Informe “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 2007.

104 Se hace reiterada referencia a Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 7.

105 CTCba. S. VII, 12/12/08, “Ortiz Luis Guillermo c/ Banco Provincia de Córdoba”.

2. **Ámbito privado.**

a) **Régimen general.**

1) **Antecedentes.**

El art. 72 original de la LCT establecía dos elementos esenciales de carácter procesal:

- a) La validez o la procedencia de la sanción disciplinaria dependía del ejercicio previo del derecho de defensa del trabajador (“deberá oírse previamente al trabajador”).
- b) El trabajador podía cuestionar la validez de la sanción ante los “organismos competentes”, lo que implica acudir a los órganos administrativos, paritarios o judiciales.

El régimen militar de 1976 introdujo una reforma de la norma traduciendo en el ámbito laboral lo que acontecía en la sociedad que dominaba, es decir, la supresión de un cierto “estado de derecho laboral”.

2) **¿Es obligatorio el sumario previo?**

El actual art. 67 ha dejado vigente el “derecho al pataleo” facultativo, ex post facto y de aparente suplicatoria al empleador. Es que se prevé el cuestionamiento de la sanción sobre su procedencia y el tipo o extensión para que se la suprima, sustituya por otra o limite, “dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida”, lo que, supuestamente no suspende su ejecución y tiene el efecto de no dejarla procesalmente firme o consentida.

Se consagraría la **instantaneidad de la actividad disciplinaria**, lo que de hecho ocurre en la práctica, salvo que se logre una medida cautelar judicial basada en la arbitrariedad, discriminación o alteración injuriosa de las condiciones de trabajo (arts. 43 CN, Ley 23.593 y art. 66 LCT). Seguiría un proceso ordinario judicial de revisión, naturalmente ex post facto como se dijo.

Sin embargo, cabe otra posibilidad interpretativa. Por un lado, el art. 67 LCT habilita al empleador a “aplicar medidas disciplinarias proporcionales a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador”. La “demostración” implica la prueba acerca de lo verificado por empleador. Ello puede realizarse, según un criterio restrictivo únicamente en juicio posterior.

Si bien el cumplimiento de esos trámites, sumario previo o información sumaria destinados a adoptar decisiones disciplinarias incluidas el despido disciplinario, no resultan formal y estrictamente obligatorios conforme lo establecido por la LCT, resultan un elemento ponderativo trascendental de las conductas de buena fe, colaboración y ejercicio prudente y justo y regular conforme a derecho de fondo del poder disciplinario¹⁰⁶.

El comportamiento como un “buen empleador”, el respeto de la buena fe, la equidad, la racionalidad, la funcionalidad empresarial, la estabilidad de la relación de dependencia, la exclusión de abuso en el derecho, la prudencia del empleador como administrador de justicia interna en la empresa y el debido respecto a la defensa del trabajador, obligan a implementar estos procesos internos previos a la resolución punitiva (art. 9, 10, 62 a 68 LCT y los arts. 14 bis CN, 18 CN y 8,1 CADDHH). Ello es especialmente apreciable en empresas de mediano a gran tamaño adonde existen medios suficientes para implementar esos procesos.

Por otro lado, cabe preguntarse si las “condiciones dignas y equitativas de labor” “protección contra el despido arbitrario” del art. 14 bis sólo se traduce solamente en la alternativa reparatoria sistemática laboral del art. 245 LCT y sus normas concordantes según los casos o la extrasistemática civil si se irrogan daños contractuales o extracontractuales. En otras palabras, la interrogación es si el cumplimiento con esas aquellas directivas fundamentales incluye el debido proceso previo a la sanción disciplinaria para evitar la arbitrariedad del despido, para evitar el despido injusto. Si se relacionan garantías laborales constitucionales e internacionales, la respuesta es naturalmente positiva.

Es de aclarar que la implementación del sumario puede surgir de los usos y costumbres de empresa o de los contratos individuales de trabajo, pero si no se recepta prueba que avale esas circunstancias, un sector de la jurisprudencia se pronuncia por la falta de exigibilidad con respecto a este proceso¹⁰⁷.

Es cierto, y hay que decirlo con todas las letras, que en muchos casos se responde a la implementación de esos procesos con prácticas distorsivas como la presentación de “carpetas médicas” o la articulación de defensas inoficiosas. Pero estas pato-

106 CTCba. S. VII, “García Marisa C/Cyre SA”, 3/12/09.

107 TSJCba. “Strada Luis Maria c/Banco Provincia de Córdoba”, 2006,

logías, verificables en cualquier proceso, incluido los judiciales, no pueden desnaturalizar o debilitar las instituciones centrales en foco, la estabilidad laboral y el derecho de defensa, sin detenerse en el eventual daño que puede provocarse con una sanción disciplinaria injusta.

3) Sanción cuestionada.

Si el trabajador cuestiona la sanción ofreciendo su descargo o versión con ofrecimiento de prueba útil y pertinente, aun cuando no exija o solicite una investigación o sumario, la negativa del empleadora a atender y responder las presentaciones constituye una conducta lesiva del derecho de defensa, contraria a la buena fe (art. 62 LCT), agresiva de las condiciones dignas y equitativas de labor y, si se prepara o se produce un despido, una violación del derecho a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis CN) y al acceso a la defensa como derecho fundamental (art. 18 CN).

El empleador posee, dado el caso, el recurso de una razonable, fundada y funcional suspensión precautoria admitida por la doctrina y jurisprudencia como un recurso procesal que permite la sustanciación del sumario demostrativo de la presunta falta laboral del dependiente. Esta alternativa no está prevista en la LCT pero es admitida unánimemente por doctrina. En caso de denuncia criminal opera específicamente el sistema del art. 224 LCT.

4) Articulación de la acción del art. 66 LCT.

El art. 66 LCT permite que el trabajador afectado por un ejercicio abusivo del *jus variandi*, pueda recurrir a un proceso sumario judicial de reinstalación, con medida automática de no innovar. Un criterio amplio de aplicación de la norma puede comprender a las situaciones en que las sanciones disciplinarias impliquen modificación de formas y modalidades laborales. No hay dudas que si la sanción se traduce en modificación de las condiciones de trabajo ya vedadas por el art. 69 LCT, el trabajador puede articular la acción de reinstalación del art. 66. Lo mismo puede ocurrir si la situación laboral del trabajador se “congela” como forma inversa o encubierta de sanción disciplinaria como de algún modo se interpretó en “Caratti, Carlos Norbeto C/ Estado

Nacional AFIP DGI” (6/9/06) de la Sala VII de la CNAT¹⁰⁸ o se persigue por razones discriminatorias.

5) Sumario implementado y suspensión precautoria.

Previsto o no por reglas especiales, una vez que es implementado el sumario, sin rigorismos ni formalismos excesivos, debe garantizarse al trabajador el derecho de defensa. El procedimiento ingresa en observación. Son sus pautas elementales la imposición de los hechos investigados e imputados, posibilidad de efectuar descargo con tiempo suficiente, no confundir las declaraciones testimoniales por indagatorias, permitir el debido asesoramiento letrado o sindical, el ofrecimiento de prueba y resolución fundada o motivada. Asimismo, durante el proceso se debe preservar la indemnidad del trabajador a los fines de evitar que se interfiera en el ejercicio de su derecho de defensa.

Tal fue el criterio sentado en CATrab. sala VI, Ugarte, “Vanessa Judit c. Arcos Dorados Argentina S.A.”, 30/11/11, entendiendo que “Es nula la suspensión en el cargo de la trabajadora dispuesta por el empleador con fundamento en el inicio de una investigación en contra de aquella por supuestas faltas e incumplimientos en los que se encontraba involucrada, toda vez que no se respetó un plazo máximo ni mínimo para la suspensión, ni se le solicitó un mínimo descargo a la dependiente, lo que resulta violatorio de garantías fundamentales como son el debido proceso y derecho de defensa”¹⁰⁹.

El sumario puede venir acompañado o no por la suspensión precautoria del contrato de trabajo, supuesto no previsto específicamente en la LCT que solamente prevé el supuesto de sus-

108 S. VII de la CNAT en “Caratti, Carlos Norberto C/ Estado Nacional AFIP DGI” (6/9/06) dispuso la anulación de la resolución administrativa que desvinculó al actor. Este sostuvo que la resolución de desvinculación implicó alteración de las condiciones de trabajo según el art. 66 de la L.C.T. El fallo indica: “Destaco que la prórroga indefinida de los interinatos implica una contravención al principio de progresividad, que informa a nuestra disciplina, afecta la moral del trabajador, quién no ve consolidado su natural evolución en el empleo y también contradice el mandato constitucional de otorgar “condiciones dignas y equitativas de labor” (art. 14 bis de la C.N.). Por último, violenta las disposiciones del art. 66 de la L.C.T., que limita la facultad de variación del contrato laboral del trabajador a aquellos supuestos donde no se modifiquen las condiciones esenciales del mismo y no se lo afecte ni moral, ni económicamente” (voto del Dr. Juan A. Ruiz Díaz).

109 La Ley Online, AR/JUR/80298/2011.

pensión preventiva por denuncia del empleador o de terceros (art. 224 LCT). En el primer caso, la suspensión por denuncia del empleador puede implicar una alteración del estado de inocencia porque la privación de tareas es una modificación sustancial en las condiciones de trabajo.

En el caso de suspensión precautoria, el apartamiento debe adquirir un carácter solamente preventivo, no represivo ni persecutorio y, por supuesto fundado, tener un plazo razonable según la complejidad de la investigación. Se ha entendido como un estándar que no puede superar los treinta días. En cualquier caso, el trabajador conserva su estado de inocencia y no puede implicar pérdidas salariales o de oportunidades escalafonarias.

6) Previsto en reglas especiales y convencionales.

No caben dudas que en el ámbito estrictamente privado, el sumario con sus reglas y principios preservativos del derecho de defensa, será obligatorio en principio si así lo prevé la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y los reglamentos internos, conforme lo establecido por el art. 68 LCT. Podrían agregarse los acuerdos individuales y los usos y costumbre de empresa.

En todos los casos, el desconocimiento del procedimiento sumarial lleva a la nulidad o improcedencia de la sanción incluyendo el despido. Si el CCT de la actividad indica que la instrucción del sumario se debe realizar en determinadas condiciones, su omisión, lleva consigo la improcedencia del despido¹¹⁰.

Con todo, esos procedimientos, no pueden ir contra las reglas de orden público laboral o general y sólo pueden establecer mayores garantías de legalidad o debido proceso.

Las reglas procesales de orden privado, sólo pueden adquirir un carácter garantista y no disponer del orden público general, lo que requiere un escrutinio particular nada fácil para el trabajador en su puesto al momento de ser sancionado. Por ejemplo, el CCT 1006/08 de la Empresa Tren Patagónico-Unión Ferroviaria prevé un procedimiento disciplinario restrictivo del poder disci-

110 TSJCba. "Lalicata Gustavo C/ Jockey Club Córdoba" (12/3/97). El art. 40 del CCT de la demandada presenta un régimen de sanciones disciplinarias incluyendo la sustanciación de sumario previo. En caso de "negligencia grave" con menoscabo patrimonial, la empleadora puede obviar este trámite, pero carga con la prueba acerca de esta hipótesis. Si ello no ocurre, el despido es improcedente.

plinario del empleador¹¹¹, pero algunos de sus procedimientos aparecen de dudosa aplicación frente a las disposiciones de la LCT como plazos para impugnar sanciones, caducidades o presunciones legales y efectos de las suspensiones.

En algunos CCT, se establece un procedimiento previo conciliatorio al ejercicio del poder disciplinario, cuyo incumplimiento lo nulifica¹¹². En otros un paso informativo y participativo sindical¹¹³

111 Toda medida disciplinaria deberá ser notificada al interesado con especificación precisa y clara de su motivo; bajo ningún pretexto el trabajador podrá negarse a firmar la notificación del hecho para producir descargo, ni el sancionado podrá negarse a firmar la notificación de la sanción, pudiendo hacerlo “en disconformidad”. En todos los casos deberá entregarse al sancionado una copia de la notificación cursada. La empresa en los casos que considere la aplicación de sanciones que permitan la continuación de la relación laboral, comunicará al trabajador —previamente a adoptar la sanción— la falta disciplinaria que se le imputa y éste deberá efectuar su descargo dentro de las veinticuatro (24) horas que le fuere requerido, sino lo efectuara se podrán tener por ciertos los hechos imputados. En cualquier caso la empresa podrá cumplimentar el procedimiento previsto en el párrafo anterior y el personal inculcado podrá ser puesto a disposición de Recursos Humanos, pero si del descargo no resultare la culpabilidad de aquel en el hecho imputado, la puesta a disposición no afectará su sueldo o remuneración. En los casos en que la empresa considere oportuno la iniciación de un sumario administrativo por faltas que puedan dar lugar a la aplicación de medidas disciplinarias, el personal inculcado podrá ser suspendido provisoriamente, pero si de las constancias del sumario no resultare la culpabilidad de aquel, la suspensión no afectará su sueldo o remuneración; si el trabajador no concurre injustificadamente a prestar declaración en el sumario, se podrán tener por cierto los hechos imputados”. Lo subrayado es más desfavorable que las normas respectivas de la LCT.

112 CCT 482/2007 Federación Argentina de Trabajadores Cerveceros y Afines (F.A.T.C.A.) y la Cámara de la Industria Cervecera Argentina “PODER DISCIPLINARIO. Artículo 50°: No se aplicarán sanciones disciplinarias a los trabajadores sin antes procurar, dentro de las veinticuatro (24) horas, que se contarán a partir de la hora de producido el hecho motivo de la sanción, un acuerdo con la representación gremial, acuerdo que dará carácter definitivo a la sanción. En caso de no llegarse a dicho acuerdo, la empresa dispondrá la aplicación de la sanción que considere pertinente luego de haber consultado con la representación gremial, al menos, durante 24 horas. Cuando la sanción fuera motivada por falta grave, como ser agresión, embriaguez o robo comprobado y la demora en su aplicación pudiera ocasionar perturbaciones al orden que debe imperar en los establecimientos, la empresa podrá disponer el inmediato retiro del trabajador de su lugar de trabajo, siempre a resultas de la sanción definitiva. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio del derecho del trabajador y/o, en su caso, de la representación gremial en caso de desacuerdo, a interponer la vía correspondiente el reclamo o recurso a que se considere con derecho contra la sanción, una vez que la mismas se hiciera efectiva”.

113 CCT 454/06 Sindicato de Mecánicos y afines del Transporte Automotor (S.M.A.T.A.) con Cámara de Concesionarios de Estaciones de Servicio del Automóvil Club Argentino (A.C.A.). “Procedimiento de Información en caso de ruptura del contrato de trabajo por parte del empleador. Art. 45° - La empresa deberá,

o se contempla una doble instancia procesal con o sin efecto suspensivo¹¹⁴.

Un ejemplo de cláusula que consagra el ejercicio del derecho de defensa obligatorio y la participación sindical es la prevista en el CCT 564/09, para la actividad química¹¹⁵: “Medidas disciplinarias: El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimiento demostrados por el trabajador. Antes que la medida sea efectiva, deberá oírse previamente al trabajador, quien podrá efectuar los descargos correspondientes. Este podrá cuestionar ante los organismos competentes la procedencia, el tipo o existencia de la medida aplicada, para que se le suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Dentro del plazo de 24 (veinticuatro) horas del primer día hábil siguiente y a la mayor brevedad posible las empresas informarán a la Comisión Interna las causas de la medida, su fundamento y el descargo efectuado por el trabajador. En caso de existir acuerdo entre la Empresa y la Comisión Interna la decisión tendrá carácter definitivo y será inapelable. A falta de acuerdo la Comisión Interna podrá girar el problema a la autoridad competente” (Art. 34).

N. El debido proceso laboral administrativo en la doctrina de la CS (caso “Ossa Peña”)

La Ley sobre Riesgos de Trabajo Nro. 24.557 prevé la determinación administrativa de la naturaleza laboral del accidente

en caso de despidos con invocación de justa causa, contemplados por las leyes vigentes, notificar el mismo al trabajador y al sindicato permitiendo al afectado, por sí o través del sindicato, a que en un plazo de 48 (cuarenta y ocho) horas formule el descargo correspondiente”.

114 CCT N° 541/2008 y N° 686/2008: “Art. 21º: Suspensiones: Ningún empleado podrá ser suspendido en el desempeño de sus tareas sin retribución pecuniaria, por un plazo mayor de treinta días dentro del término de trescientos sesenta y cinco días. Toda suspensión deberá estar debidamente documentada y notificada por escrito al interesado con detalle de las causas invocadas por el principal para la aplicación de tal medida disciplinaria. La resolución del empleador podrá ser recurrida por el empleado dentro de los cinco (5) días de notificada ante la Comisión Paritaria Permanente Si la resolución fuera revocada, el empleador deberá pagar íntegramente las remuneraciones devengadas”.

115 Ente el Sindicato del Personal de la Industria Química y Petroquímica de Buenos Aires, el Sindicato del Personal de Industrias Químicas y de San Luis y la Federación de Sindicatos de Trabajadores de Industrias Químicas y Petroquímicas y la Cámara de la Industria Química y Petroquímica.

o profesional de la enfermedad, el carácter y grado de la incapacidad; el contenido y alcances de las prestaciones en especie y revisar el tipo, carácter y grado de la incapacidad, y —en las materias de su competencia— resolver cualquier discrepancia que pudiera surgir entre la Aseguradora de Riesgos de Trabajos y el damnificado o sus derechohabientes (art. 21).

Sin embargo, el derecho del defensa en proceso administrativo del damnificado, no aparece resguardado en tanto no se le asegura asistencia técnica letrado o médica de parte, ni la posibilidad de observar contemporáneamente las determinaciones administrativas. Sólo frente a la controversia sobre la “naturaleza laboral del accidente” y “siempre que al iniciarse el trámite quedare planteada la divergencia” el órgano administrativo “garantizando el debido proceso, deberá requerir, conforme se establezca por vía reglamentaria, un dictamen jurídico previo para expedirse sobre dicha cuestión”.

Esta reglamentación no indica la sustanciación de un proceso contradictorio con pleno ejercicio del derecho de defensa, lo que ha sido una de las tantas objeciones que ha sufrido el régimen y está llevando a su completa reforma.

En dirección con las observaciones que en tal sentido realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación considero esta materia en “Ossa Peña, Danilo Enrique c. Liberty Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A” (10/02/09). Un trabajador denunció la vulneración de los derechos constitucionales de la defensa en juicio, legalidad, propiedad, debido proceso e igualdad porque la sentencia denegatoria del resarcimiento frente a un accidente laboral se fundó en una «investigación realizada por el Estudio de abogados designado por esta Aseguradora por el supuesto accidente <in itinere>».

Agrega que “en definitiva, se desconoce absolutamente la persona que lo obtuvo, bajo qué carácter se habría presentado ante el actor para conseguir su aparente declaración nada menos que bajo juramento, así como las circunstancias que rodeaban al reclamante, máxime cuando, al parecer, el acto se habría producido en el hospital en el que éste se encontraba internado.

116 ComIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, septiembre 2007, <http://www.cidh.org>.

Súmase a todo ello, de manera decisiva, que en momento alguno se requirió del actor el reconocimiento del documento en juego”. En el fallo se descalificó la «*investigación*» (entrecomillado en el voto) y se le restó entidad probatoria.

Esta sentencia del máximo tribunal, pone orden en las instancias administrativas que involucran a trabajadores y obligan a la reforma de estos procedimientos para la preservación de los derechos constitucionales alterados.

Ñ. Derecho de defensa en las comunicaciones.

1. Apercebimientos.

Una regla de práctica procesal derivada del principio de buena fe, de racionalidad en el comportamiento de las partes y derecho de defensa frente al comportamiento de las partes, la constituye la claridad de las comunicaciones extrajudiciales. En este caso, las obligaciones son bilaterales. En el caso del despido por abandono de trabajo se requiere, por ejemplo, se exige el emplazamiento previo (art. 244 LCT), pero toda comunicación que pueda traer aparejada sanción deberá llevar inserta tal prevención con la mayor claridad. Del mismo modo, el trabajador que se dispone a denunciar el contrato de trabajo, debe asegurar igual el derecho de defensa del empleador¹¹⁷.

Asimismo, la inserción de plazos procesales y su respeto, son esenciales para el ejercicio del derecho de articular defensas antes de la toma de decisiones definitivas sobre incumplimientos contractuales. En este rubro ingresa el emplazamiento del art. 244 para la configuración del abandono como causal de despido. Al no haberse establecido concretamente, sino dependiendo de “las modalidades que resulten en cada caso”, podrá ser breve si así lo exigen las circunstancias. Pero en ningún caso del tal modo que impidan al dependiente su conocimiento,

117 CTTrab. sala IV, “Blehm, Cynthia Lorena c/Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/despido”, 12/05/08: “(...) resulta improcedente el despido en que se coloca la trabajadora alegando el traslado a otro sector de la empresa, por no haber formulado, antes de comunicar tal extrema determinación, reclamo alguno a la empresa en procura del mantenimiento de las condiciones de trabajo (en el caso que no se llevase a cabo el invocado traslado). Tal apresurado proceder de la trabajadora implica la inobservancia del deber de buena fe con que debe conducirse durante toda la vigencia del contrato” (Prosecretaría general CNTrab, Boletín jurisprudencia).

la posibilidad de corregir o enmendar conductas infractoras o esgrimir explicaciones o defensa ¹¹⁸.

2. Claridad comunicativa e invariabilidad de la causa (art. 243 LCT).

Una regla que se relaciona directamente con el derecho de defensa en juicio, es la inserta en el art. 243 LCT que recepta la obligación de claridad¹¹⁹ e invariabilidad de la causa de despido

118 CTCórdoba, sala VII, 3/12/09, "García Marisa c/ CYRE SA". Se otorgaron algo más de dos horas para retomar servicio a una trabajadora que se encontraba en Brasil: "Aquí se ejerció el poder directivo empresario en su aspecto sancionatorio ante una supuesta, aunque no verificada, falta injustificada de la actora. Esta facultad convierte al empleador en un primer juez de conductas laborales de sus dependientes ya que no existe otra instancia de debate y ponderación que la *ex post facto* judicial, es decir, una vez que la sanción fue aplicada, la suspensión o el despido se ha operado y el daño que estos actos pueden llegar a causar, se ha irrogado plenamente. Por lo tanto, el poder directivo sancionatorio debe ejercerse atendiendo a la continuidad, organización y finalidad de la empresa, con carácter correctivo y no represivo, pero a la vez, preservando entre otras, las premisas de buena fe, racionalidad, prudencia, funcionalidad, estabilidad contractual y debido ejercicio del derecho de defensa del dependiente como cualquier ciudadano exige y necesita al ser objeto de una sanción en disciplinaria (...). Es de aclarar que si bien el art. 244 LCT establece un procedimiento especial para el despido por abandono de trabajo, no excluye la aplicación de otras reglas generales para la ponderación del despido causado. En concreto operan los arts. 62 a 68 LCT referidas las garantías respecto del ejercicio de los poderes de dirección y organización incluidas las del régimen disciplinario. También las reglas de naturaleza constitucional como el art. 18 CN, el art. 8,1 CADDHH y art. 75 inc. 22 CN y la valoración de la injuria laboral según el art. 242 LCT, es decir, "prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. En este caso, esos principios reglados en las normas internacionales, constitucionales y legales citadas resultaron alterados en el procedimiento del despido por los plazos exigüos, las conductas precipitadas y falta de exacta, prudente y razonable verificación de las conductas asumidas por las partes a la hora de, nada menos, extinguir un contrato de trabajo de dos décadas de vigencia sin antecedentes desfavorables a la actora. No consta que la demandada, una empresa de carácter mediano, haya instrumentado un sumario investigativo o una rápida indagatoria testimonial previa que habrían arrojado luz sobre la controversia y evitado la ruptura del contrato de trabajo. Si bien el cumplimiento de esos trámites destinados a adoptar decisiones extremas laborales como el despido causado de una trabajadora de extensa trayectoria, no resultan formal y estrictamente obligatorios conforme lo establecido por la LCT ni el CCT 130/75, a la postre resulta un elemento ponderativo trascendental de las conductas de buena fe, colaboración y ejercicio prudente y justo y regular conforme a derecho de fondo del poder disciplinario."

119 S. V CNATrabajo, "Soto Ermelinda c. Semesh S.R.L.". 17/9/09: "Resultó injustificado el despido dispuesto por el empleador con fundamento en el incum-

o denuncia del contrato de trabajo por el trabajador. La norma se relaciona con la traba de la litis extrajudicial pero a la vez, con la articulación de las defensas en juicio conforme los hechos y el derecho informado por las partes. Desde el inicio del conflicto, las partes, especialmente los trabajadores despedidos, deben conocer, cual pieza de imputación fiscal, los hechos concretos que fundan el acto extremo de extinción del vínculo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que la obligación de notificar las causas del despido y no poder modificar éstas en juicio responde a la finalidad de dar al dependiente la posibilidad de estructurar en forma adecuada su defensa, pero tal imposición no puede dar lugar a soluciones ritualistas, y, por ende, si el actor estructuró su reclamo en base a los mismos acontecimientos en que la demandada fundó su decisión rupturista, no puede afirmarse que la empleadora omitió el cumplimiento del citado recaudo formal¹²⁰

En este aspecto, son discutibles los alcances de la claridad exigible a las partes y el margen de variación en matices o aspectos no esenciales de la pieza de imputación de incumplimiento de obligaciones. El hecho que en juicio se agreguen elementos contextuales o valorativos a los hechos enunciados no parece ingresar dentro de la veda del art. 243, salvo que hagan variar la plataforma fáctica o jurídica que se indicó en las comunicaciones cursadas para producir el distracto¹²¹.

plimiento de diversos deberes laborales del trabajador, ya que las expresiones utilizadas en el telegrama rescisorio constituyen fórmulas sumamente genéricas que incumplen con el art. 243 de la ley de contrato de trabajo" (La Ley, 16/11/2009, 16/11/09, 11) .

120 CS, 16/2/93, "Riobo v La Prensa SA" (T y SS del 1993-509), referido en CNTrab. Sala III, 9/6/09, "Canle, Gimena c/Franquicias Informáticas SRL" (Errepar, 16/12/09): "Este Tribunal tiene dicho que el requisito de expresión clara e indudable de la causa del despido en la comunicación, puede ser obviado, excepcionalmente, cuando al destinatario no puede caberle ninguna duda respecto del motivo que se invoca, ya sea por la situación de hecho planteada o por otra razón (en sentido análogo, sent. 81.705 del 13/12/2000, en autos "Giménez, Bernabé c/ANSeS s/despido", sent. del 26/4/1989 en autos "Adami, María c/ Sanatorio Lavalle s/despido", ambas del registro de esta Sala).

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

Sin embargo, la enunciación de hechos, no es una mera solemnidad o cuestión formal. Es el documento esencial que permite conocer las causas de la sanción. La falta de precisiones afecta el derecho a defenderse una vez conocidos los hechos sobre los que se fundan las medidas y traba la procedencia de la sanción¹²².

3. Pluralidad de hechos imputados y su prueba.

El tema ya desarrollado a los fines de la interpretación de la aplicación de sanciones en particular el despido cuando se invocan varios hechos. La cuestión está relacionada íntimamente con la calidad comunicacional que han demostrado las partes. Es claro que las comunicaciones entre partes (telegramas, notas, actuaciones notariales o administrativas, etc.), “fijan” los hechos. Constituyen las piezas acusatorias que luego requieren del andamiaje probatorio.

Por ahí se dice que los pleitos se ganan o se pierden en las comunicaciones extrajudiciales entre las partes. Ciertamente, muchas veces se inserta en los despachos telegráficos hechos de más que luego no resultan respaldados. En ciertas circunstancias, es conveniente “no invocar lo que no se puede probar”. En todo caso, podrán alegarse como hechos de abono o de calificación de conductas o de determinadas decisiones, pero no su eje porque desde que es puesto en proceso, necesitará de prueba. Pero aun en aquel caso, deberá tenerse sumo cuidado en la redacción.

En otras palabras, si un hecho es injurioso por sí, no es necesaria achacar a la otra parte otros asuntos si luego no se podrá demostrar. Se corre el riesgo de dejar la denuncia sin sustento en su conjunto o de no lograr que el tribunal entienda que el suceso probado tiene fuerza injuriosa o suficiente entidad fundante

122 CNTrab., sala II, 26/04/11, “Battini, Verónica Isabel c. Jumbo Retail Argentina S.A.” (La Ley Online; AR/JUR/14390/2011): “El telegrama rescisorio envía por la empleadora no cumplió los requisitos previstos en el art. 243 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues, si bien se adujo para despedir que la trabajadora realizó un hecho prohibido tal como haber cerrado una venta con descuento para empleados a la que se sumaron cupones de descuento, no se especificó a quien efectuó la mencionada venta, de qué productos se trataba y en que horario se produjo el hecho, cuestiones que en virtud del mencionado artículo deben ser indicadas con suficiente precisión a fin de evitar la indefensión de la trabajadora al desconocer hechos que se imputan”.

de la sanción no obstante haber quedado en simples enunciaci-ones los otros hechos.

O. Despidos y sanciones represalia por acceso a la tutela judicial.

1. Acción del art. 66 LCT y despido o sanciones posteriores.

Interpuesta la acción del art. 66 pidiendo la reinstalación del trabajador que denuncia un ejercicio abusivo del jus variandi, el empleador puede replicar mediante un despido sin causa o mediante una causa falsa o figurada. Sin embargo, el ejercicio de la acción de restablecimiento fortifica o estabiliza el nexo de trabajo por la imposibilidad novativa hasta la resolución de la controversia. No se crea una estabilidad contractual, pero sí se pone en observación conductas extintivas o disciplinarias que en otras circunstancias normales del vínculo laboral no llaman merecen una atención especial.

Un despido ligado directa o indirectamente al ejercicio de acciones judiciales o lo que es lo mismo, el acceso a la justicia para dirimir controversias laborales, puede habilitar una acción anti-discriminatoria destinada al restablecimiento del vínculo laboral alterado (art. 1 Ley 23.592). La admisión de que una resolución judicial de controversias se vea truncada por el despido del trabajador debe interpretarse como una forma de reprimir esa posibilidad, alterar el acceso a la justicia, las garantías judiciales o el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 8 del Pacto San José de Costa Rica).

Los alcances temporales de esta suerte de estabilización contractual son de difícil determinación. Hay que analizar el grado de conexidad entre la sanción disciplinaria o el despido y la acción precautoria del art. 66.

2. Despido disciplinario por acciones judiciales.

En principio, el inicio de reclamos directos, sindicales, administrativos o judiciales, no constituye por sí una inconducta del trabajador y toda disposición del empleador destinada suprimir o limitar ese derecho topa contra el derecho fundamental de defensa. Tampoco ser testigo en un juicio tema muy crítico en materia laboral cuyo tratamiento está mereciendo una creciente

atención porque los declarantes pueden ostentar relación de dependencia y obvia presiones sobre su libertad probatoria.

Así se ha establecido: “El inicio de acciones judiciales de modo alguno es un hecho cuya gravedad impida la prosecución del vínculo toda vez que el ejercicio de los derechos que la ley en principio le confiere no configura injuria” y no “configura justa causa para decidir el distracto el hecho de que un dependiente no informe a su empleador que será testigo en un juicio promovido por uno de sus proveedores.” (CNAT, «*Pirani, Enrique Fabio c/Consortio de Propietarios del Edificio Valentín Gómez 2884/86 s/ despedido*», 30/4/09, El dial.com, año XII - N° 2803, 23/6/09).

De la misma forma, en un fallo relativamente novedoso para Argentina, el tribunal de Junín, Provincia de Buenos Aires, 13/6/07 dispuso en “*Sffaeir, Carolina C/ Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Ltda.*” la reinstalación de una trabajadora despedida sin causa y que había articulado un juicio laboral anterior contra su empleadora. La ausencia de otra motivación para el despido que fuera el accionar judicial¹²³, llevó a sostener que “el despido dispuesto por el empleador está ligado a un motivo discriminatorio arbitrario dado que en el caso ha existido una sanción impuesta a la accionante por ejercer el derecho constitucional de peticionar ante la justicia, derecho que tiene jerarquía constitucional propia, previsto en el art. 14 de la Constitución Nacional en concordancia con el art. 18 de la C.N.”

Agrega: “El citado art.18 C.N.-conocido como el de las garantías individuales-, hace referencia a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, habiéndose señalado al respecto que “el derecho al debido proceso legal o derecho de defensa, se incluye en otro más amplio o más precisamente en un grupo de derechos de carácter público, que pueden denominarse genéricamente derechos a la jurisdicción. Este grupo

123 “En el caso, no cabe hesitación alguna en cuanto a que la actitud de la trabajadora al demandar a la Cooperativa, resultó sumamente molesta, así se expresó en la reunión llevada a cabo el día 25-11-03 por el Consejo de Administración, que “...la promoción de la demanda generó un malestar muy grande entre el personal de la entidad...”, y surgió también del testimonio de Echeverría, quien afirmó que “... siendo empleada de la Cooperativa no se lo veía como una actitud digna ...” -se refiere a la iniciación del juicio-, al punto tal, que se decidió en el mismo momento que se adquiere conocimiento de su inicio, el despido de la trabajadora, lo cual me llevó a concluir en el veredicto, que la actitud de la demandada respondió a un fin discriminatorio al ejercer ésta el derecho de peticionar ante la justicia la reparación de un daño”.

de facultades es reconocido a todas las personas y tiene como objeto garantizar el acceso de aquellas a una decisión justa, fundada y oportuna, dictada con ciertos recaudos formales, que son *conditio si ne qua non* para la validez del pronunciamiento y por el órgano jurisdiccional habilitado constitucionalmente para ello, a fin de resolver sus conflictos con otras personas -o incluso- con el estado, el que -por otra parte- es el principal sujeto pasivo de este grupo de derechos..” (Germán Bidart Campos, citado por Miguel Angel Ekmekdjian, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. II, y C.S.J.N., Fallos , t.307, p.282,t.308,p.155, t.311, p.682).-

Paralelamente, sostuvo que la conducta discriminatoria afectó diversidad de instrumentos constitucionales y supranacionales arts. 14 bis, 16, 37 y 75 inc. 22 C.N. y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 1, 2, 7 y 23 y 2 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts, 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la dirección que se está señalando, en “V. G. N. c/P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/despido”, la S. VIII de la CNAT, 09/08/10 (eIDial.com - AA633F), estableció: “La actora fue despedida mediante carta documento, cuando se encontraba en trámite el juicio sumarísimo para la obtención de la cautelar; actitud contraria al principio de buena fe contractual, reveladora de la intención de no continuar con la ejecución de la relación de trabajo (artículos 10 y 62 de la citada ley). Desde esta perspectiva, resulta irrelevante tratar la discusión sobre la funcionalidad o no del traslado.” (Del voto de los jueces de la Sala VIII, en unanimidad)

La represalia puede alcanzar igualmente al testigo laboral, lo que ha sido tratado en S. IV de la CNAT “Lescano Víctor César C/ Ingeplam SA” del 31/8/09. Entre sus extensas consideraciones se indica: “Cabe destacar que el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías necesarias por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

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

Continúa el fallo: “Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”.

Se sostiene seguidamente: “En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación”

Finaliza el punto con la siguiente apreciación: “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999)”.

3. El despido y actos discriminatorios por reclamos administrativos y extrajudiciales.

No sin dudas, se plantea igualmente la posibilidad de que, frente a reclamos administrativos del trabajador se responda mediante represalias y ello implique igualmente una afrenta al derecho fundamental de acceso a la tutela judicial o defensa en juicio. Se trata en cierta forma de actos preparatorios del reclamo judicial que la doctrina española considera integrativos de aquellos derechos al igual que el reclamo extrajudicial o intraempresarios.

Es de recordar que la interposición de la petición o reclamo administrativo tiene efectos similares a la demanda judicial en materia de interrupción del curso de la prescripción (art. 257), que esta instancia puede concluir con una cosa juzgada laboral (art. 15 LCT) o que en caso de procedimientos colectivos puede concluirse con un acuerdo o convenio colectivo (Leyes 14.786 y 14.250).

De otro lado, ingresan como conductas discriminatorias, las propuestas y aun acuerdos de pago de deudas salariales dirigidos a los dependientes, apartando expresamente a los dependientes que han iniciado acciones judiciales y “salvo los dependientes que acrediten fehacientemente el desistimiento de la acción y del derecho en las causas de referencia”.

La postura fue interpretada como conducta discriminatoria contraria a lo establecido en los arts. 17 y 81 de la LCT, ya que “no parece razonable que el pretender “disciplinar” a los trabajadores para que no inicien acciones trato en identidad de situacio-

nes cuando entiendan que tienen derecho a hacerlo pueda responder a esta concepción de principios del bien común, sino lisa y llanamente a desconocer el derecho constitucional que tiene toda persona a reclamar ante el Tribunal competente por lo que entiende son sus derechos violados” (CTCba. Sala X, 26/5/09, Unip. Carlos Toselli, **“Brombín Marcelo Armando c/ Empresa Ciudad de Córdoba SACIF”**).

Finalmente, si bien en oportunidades suele encuadrarse como un despido antisindical, el despido como respuesta al reclamo administrativo formulado por trabajadores no sindicalizados y jerárquicos, implica igualmente una conducta discriminatoria y contraria al acceso a la justicia, en este en su etapa preparatoria. Por ejemplo, el caso tratado en resuelto por la Sala VI de la CTCba. en “Budman, Luciano Martín c/Libertad SA” del 27/7/09. En este caso se hizo lugar al reclamo de daño moral complementario a la indemnización por despido una vez que el actor y otros trabajadores no sindicalizados formularon reclamos administrativos salariales.

En los considerandos, el fallo indica: “Las circunstancias relacionadas, me hacen concluir en que el despido dispuesto por la empleadora tuvo como causa real la actividad desplegada por el actor y fue consecuencia de ella, que consistió en reclamar una recomposición de su remuneración junto con otros empleados y tuvo como finalidad amedrentar con esa conducta, al resto del personal para que cesaran en sus reclamos”.

El encuadramiento de esos hechos fue el siguiente: “Ha incurrido la firma empleadora en la conducta tipificada por los incs. e), g) y j) del art. 53 de la ley 23.551, ya que ha despedido al actor Budman en razón de su participación (reunión y posterior firma de nota del 02.05.06) en un reclamo salarial grupal, en ejercicio de un derecho sindical por el que se reunió con otros trabajadores y petitionó a su empleador, derechos sindicales de jerarquía constitucional y que tienen su reglamentación en los incs. c) y d) del art. 4 de la LAS. El despido dispuesto tuvo por fin impedir o dificultar el ejercicio de los derechos ya mencionados, que hacen a la libertad sindical y ha ejercido la accionada trato discriminatorio respecto al actor por el ejercicio de tales derechos”¹²⁴.

124 El encuadramiento jurídico se completó de la siguiente forma: “La conducta desplegada por la firma empleadora ha vulnerado el derecho de ejercicio de la libertad sindical y a la no discriminación, revistiendo ambos raigambre constitucional (arts. 14, 14 bis y 16, C.N.) además de encontrarse receptados en

La Sala I de la CTCba, en “Boido, Marcelo G. C/ Libertad S.A.”, 15/3/11, siguió este criterio, agregando como fundamentos, la ley antidiscriminatoria y los fundamentos dados por la CS en “Álvarez Maximiliano c/Cencosud” (7/12/10). Asimismo, en “Camusso, Marcelo A. C/Banco de la Nación Argentina” resuelto por la S. III de la CNAT (29/7/09) se debatió el despido de un gerente con veinte años de antigüedad y sin cargos sindicales de la Sucursal Concordia de la demandada «por su participación activa en el nucleamiento de funcionarios autoconvocados que demandaban el mejoramiento de las condiciones de trabajo».

El debate del fallo se centró no en el encuadramiento legal especial en la ley 23.592, sino en la reinstalación del actor ya que el magistrado de primera instancia la había denegado por no existir esta posibilidad en el sistema jurídico laboral y hecho lugar a un resarcimiento complementario consistente en un año de remuneraciones.

La mayoría conformada por los vocales Elsa Porta y Miguel Angel Massa sostuvieron la procedencia de la reincorporación con pago de los salarios devengados (un cuarto de millón de pesos) por aplicación de la ley 23592 y los arts. 14 bis, 16 y 72 inc. 22, invocándose las reglas supranacionales antidiscriminatorias¹²⁵, los arts. 17, 81, 172, 178 y 181 LCT y la Ley 23.551. Respecto de esta última, indica el voto de la primera magistrado: “(...) es inadmisibles considerar que el legislador, que en el año 1988 dictó tanto esta última ley como la 23592, actuó inadvertidamente cuando incluyó como actos discriminatorios a los

disposiciones de instrumentos internacionales (arts. 2 y 22 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 16 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 3, 22, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1 y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; arts. 1, 2, 3, 4, 11 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y Convenios Nros. 87 y 98 de la O.I.T.) que gozan de igual jerarquía por disposición del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna”.

125 “Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También se suman, con rango supralegal los Acuerdos sobre discriminación integrados en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (reunión 86, año 1988)”.

que tuvieran motivos gremiales. El intérprete no puede sustituir al legislador y no cabe presumir que este hubiera incurrido en un olvido o en una omisión no querida (Fallos: 308:164). Por el contrario, es válido concluir que pese a haber dictado la ley 23551 el legislador consideró necesario proteger de la discriminación también a los trabajadores que tenían actividad gremial aun cuando no ejercieran formalmente ningún cargo sindical”.

Respecto de la medida sostiene: “Considero que dicha doctrina sólo resulta aplicable a los casos de despido arbitrario, vale decir aquel que carece de justa causa en los términos del artículo 242 de la ley de contrato de trabajo (LCT), pero no puede hacerse una interpretación extensiva de ese criterio cuando como en el caso está comprobado que el despido tiene una motivación discriminatoria, porque en la actual etapa de la evolución del derecho internacional el principio de igualdad y no discriminación tiene un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno, conforme lo señala la Procuración General de la Nación, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dictaminar en autos «Pellejero, María s/amparo s/apelación», cuya copia obra a fojas 459 a 462 vuelta”.

Agrega: “Es mi criterio, que si la empleadora con motivos discriminatorios despidió a un empleado no puede invocar la garantía de libertad de contratación porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (conf. art. 1071 del CC) y los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 de la CN) y concretamente, la prohibición de no discriminar que establecen las normas precedentemente citadas constituyen un límite específico e infranqueable a la libertad de contratar y a la libertad de organizar la empresa que tiene todo empleador”.

Y más adelante dice: “Por todo lo expuesto, no encuentro obstáculo para acceder a la petición del accionante de que el despido sea declarado nulo, pues esta es la consecuencia natural del acto jurídico de objeto prohibido (arts. 953 y 1044 del CC), ni tampoco para que se lo reinstale en su puesto de trabajo, ya que el resarcimiento de los daños sufridos debe consistir en la reposición de las cosas a su estado anterior (art. 1083). También resulta procedente el pago los salarios caídos desde que se dispuso el despido y hasta que la reinstalación se haga efectiva,

dado que el actor puso su capacidad de trabajo a disposición del Banco demandado en forma inmediata (CD 85438053 del 14/8/2007, fs. 8 vta./9, reconocida a fs. 59, art. 103 de la LCT)".

Igual solución arribó la S. VI de la CNAT en "Juárez Juan Pablo c/ Farm City" (13/11/08) frente al despido sin causa de un trabajador que, sin representación sindical, integró un grupo de empleados que decidieron redactar una carta a sus compañeros que distribuyeron en los locales de la demandada y mantuvo reuniones con representantes de la empresa y de la Asociación Empleados de Farmacia, a fin de explicar el contenido de los reclamos y las razones de la nota.

4. Criterios de valoración.

La afectación del derecho a tutela judicial efectiva inserta en la CADH, tiene igualmente larga recepción en el Derecho Español. Por caso, el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 8/5/06¹²⁶ frente al despido disciplinario o represalia de un trabajador que había interpuesto reclamaciones judiciales y extrajudiciales contra la empleadora. Se valoró especialmente la contemporaneidad entre el despido causado y el contexto de acciones judiciales interpuestas por el trabajador.

Precisamente esa es una de las pautas a tener en consideración prioritariamente, pero no es la única. En este tema como, en el ejercicio de las acciones, se depende de los clásicos criterios de razonabilidad, proporcionalidad y sustantividad de los derechos en juego. Es decir la existencia del conjunto de indicios que sustenten la conexidad de despido o sanción por el ejercicio de un derecho fundamental como lo es la tutela judicial y, en su caso, administrativa.

La carga de la prueba tiende a girar hacia quién aparece como responsable de acto anticonstitucional C.N.Civil, Sala H, "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.", 12/12/02 y Tribunal de Trabajo N. 2 de La Matanza en la causa caratulada "Villalba Franco c/The Value Brands Company Argentina S.C.A" (Febrero de 2006) entre otros.

Es de mencionar finalmente, que el art. 5 del Conv. OIT Nro. 158¹²⁷ veda el despido represalia fundado en reclamo formulado por el trabajador y por motivos discriminatorios: "Entre los mo-

126 Derecho Social Nro. 34, Ed. Bomarzo, Albacete, España, p. 151.

127 No ratificado por Argentina, se reitera.

tivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (...) c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social". Este derecho, junto con art. 8,1 de la CADDHH y el Protocolo Adicional de San Salvador, ciertamente aquí autoaplicativo, que persiguen la discriminación directa que significa perseguir a quién pretende o acude al resguardo administrativo o judicial, fundamentan el cese inmediato de estas conductas.

5. Aseguramiento y protección de la prueba laboral.

La conducta discriminatoria u oclusiva y represiva del empleador hacia el ejercicio del derecho de defensa puede dirigirse no ya contra del trabajador en forma directa, sino hacia a formación de la prueba laboral. Tiene estado parlamentario un proyecto de ley impulsado por el diputado Héctor Recalde destinado que, así como en proceso penal se protege a los testigos, se haga lo mismo con los testigos laborales.

Se parte de que, en muchos casos, los testigos guardan relación de dependencia laboral con el empleador demandado en juicio y ello es una fuerte cohibición para la búsqueda de la verdad real judicial. "La prueba testimonial tiene una importancia fundamental y, en ocasiones, decisiva en el proceso laboral para desentrañar la verdad real de la controversia que se trae a juicio y de tal modo -también por vía del principio de primacía de la realidad- elucidar la auténtica situación fáctica que ha de dar marco a la aplicación del derecho del trabajo"¹²⁸.

Este amparo es sustancial y se relaciona directamente con el derecho de defensa y de acceso a tutela administrativa o judicial efectiva. Todo proceso sería ilusorio o débil si se deja librado, se ignoran o, peor, se admiten, las conductas empresariales destinadas a suprimir, modificar o debilitar la prueba testimonial.

En la doctrina española se habla de la garantía o el principio de indemnidad de las partes y testigos frente a las represalias

128 PEREZ, MIGUEL OMAR, *La protección del trabajador que declara como testigo en juicio laboral*, Editorial, AADTSS, www.asociación.org.ar

empresarias en proceso social¹²⁹. Se dirige a asegurar ningún perjuicio para esos sujetos como consecuencia de realizar o intentar realizar una reclamación judicial o plantear una denuncia de naturaleza laboral, de ejercer sus derechos o participar en un proceso de tal rango, incluidos los de carácter colectivo¹³⁰.

En consecuencia una conducta del empleador que, directa o indirectamente involucre el “apriete” sobre testigos, es lesiva al derecho constitucional de acceso a tutela judicial efectiva y defensa en juicio, un valor civil del que no es ajena la sociedad toda. La existencia de presiones, sanciones, modificaciones en las condiciones de trabajo, obstrucción a la comparencia en actuaciones administrativas o judiciales de los testigos laborales debe merecer una lógica sanción.

Según el proyecto de referencia, el testigo es protegido hasta un año posterior a su declaración con una indemnización especial en caso de despido. De todos modos, tal medida puede merecer igualmente su nulidad si se hace evidente que se encuentra en juego un derecho constitucional en juego y la conducta asume carácter discriminatorio.

En este punto, también es pertinente la invocación de ya mencionado fallo de la S. IV de la CNAT “Lescano Víctor César C/ Ingeplam SA” del 31/8/09, porque se dirige directamente a la protección de la prueba laboral, en este caso, la testimonial. Esta línea fue receptada también en “Repetti Roberto Fernando c/Roura Cevasa Argentina S.A. s/ despido”, de la CNAT, 19/10/2009.

P. Las renunciaciones y el derecho de defensa.

La LCT rodeo de prevenciones a las renunciaciones y transacciones laborales que no pasen por la autoridad administrativa y judicial, la que debe asegurar la preservación del orden público laboral (art. 15) y la posibilidad de introducir renunciaciones mediante

129 RENTERO JOVER, JESÚS, *Derecho procesal del trabajo: el rol del juez laboral*, en “Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)”, Bomarzo, Bs. As. 2006, p. 235 y ALVAREZ ALONSO, D. *La garantía de indemnidad frente a la represalia del empleador*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, citado por el anterior.

130 Reconocido por los participantes en un conflicto colectivo por el Tribunal Constitucional de España por sentencias del 3/6/02, 19/1/06 y 13/2/06 (citado en trabajo denota anterior).

presunciones (art. 58). Inclusive la propia renuncia al empleo debe formalizarse ante autoridad estatal (correo), la autoridad administrativa o judicial (art. 145 LCT) lo que se flexibiliza en el caso de extinción por voluntad conjunta o concurrente (art. 241).

Sin embargo, aun así, se registran en los hechos, actos que producen lesión subjetiva en la formación de la voluntad del trabajo y que han venido mereciendo la atención doctrinaria y jurisprudencial. No hay dudas que la voluntad del dependiente en situación de resignar derechos de orden publico laboral, solo de libre expresión cuando se encuentra acompañada por el ejercicio pleno del conocimiento y el ejercicio del derecho de defensa técnico y ante un órgano especializado imparcial administrativo o judicial). Con ese marco de garantías procesales, se estructura el camino de la transacción o renuncia¹³¹.

En el decurso del contrato de trabajo, la declinación de derechos se encuentra siempre bajo sospecha. Entre las inabarcable cantidad de situaciones posibles, se encuentra las se dan en el marco de una amenaza o una presión tal que suprime o restringe el ejercicio de la voluntad. Por ejemplo, la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en "Ucin, Eliana Betina c. Timistit y Asociados Soc. de Hecho y otro" del 28/3/11¹³² en que se declaró la nulidad del acto de renuncia de la trabajadora, pues, se encuentra acreditado que fue forzada por las amenazas de la empleadora, así como la presión que sufrió por parte de aquella, emocionalmente acentuada por su estado de gravedad, lo cual significó una violencia moral sobre su persona, que motivó que obrara de la manera que lo hizo. En concreto, que sería denunciada penalmente, por la presunta sustracción ilegal de pertenencias de la empleadora.

Dijo el fallo: "Dentro ese contexto, la presión sufrida por la actora, emocionalmente acentuada por su estado de gravedad, significó una violencia moral sobre su persona, que motivó que obrara de la manera que lo hizo. El artículo 937 del Código Civil define a la intimidación «cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su

131 ARESE, CESAR, *Sobre la conciliación laboral*, Revista Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, Bs. As. Agosto de 2011. Se hace un desarrollo completo de la conciliación en sede administrativa y judicial y la posibilidad de renuncia o transacción de derechos.

132 La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/7631/2011

cónyuge...». La declaración de nulidad planteada del acto jurídico de la renuncia priva al acto de sus consecuencias propias, es decir, las cosas vuelven al estado anterior al acto invalidado, esto es, al acto de la renuncia (artículo 1050 Código Civil). Al suprimir los efectos del acto anulado, renace la eficacia del despido verbal invocado (27.01.05). Como hecho jurídico ilícito que constituye el despido, corresponde que se obligue a las demandadas, en forma solidaria, según lo dispuesto en el artículo 23 Ley de Sociedades, a resarcir a la actora las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo (artículo 245, 232 y 233)».

Las renunciaciones involuntarias o presionadas se registran en un amplio espectro de casos, algunos de difícil prueba, pero naturalmente, siempre pueden ser sometidas al examen judicial respecto del ejercicio del pleno derecho de defensa al momento de producirse. De otro modo, son irremediadamente nulas.

IV. El derecho de resistencia¹³³.

Los actos de resistencia implican una ruptura del orden establecido y, por tanto, causan sobresalto. En las relaciones de trabajo, el derecho de resistencia laboral consiste en la potestad del trabajador de oponerse y no cumplir a órdenes o condiciones ilícitas impuestas por el empleador en el curso de la relación laboral. Se define también y más sintéticamente, como la desobediencia justificada, causada o legítima al cumplimiento de las disposiciones organizativas o directas del empleador¹³⁴. En otras palabras, es el ejercicio directo, de hecho y por propia iniciativa de un derecho admitido por la legislación de forma explícita o implícita y que exime al trabajador de incurrir en una falta o insubordinación, en suma, de un incumplimiento contractual¹³⁵.

De otro lado, se presenta como una forma de **autotutela individual** de los derechos laborales y conlleva un cuestiona-

133 Síntesis de trabajos en imprenta que contienen el desarrollo del tema de "Derecho de resistencia".

134 MORATO GARCÍA, ROSA MARÍA, *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 137.

135 GODINHO, MAURICIO, *Curso de Derecho del Trabajo*, LTr, Sao Paulo, 2008, p. 681; SANTANA, RICARDO, *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada*, fcu, Montevideo, 2001, p. 177 y ARESE, CESAR, *Derecho de defensa, discriminación y tutela judicial, efectiva en el contrato de trabajo*, RDL, "Discriminación y violencia laboral II", 2009.

miento del sistema jurídico común porque, como se sabe, su funcionamiento supone la posibilidad de resguardar derechos mediante las acciones judiciales, sean ordinarias o de urgencia. La resistencia directa importa, una vía corta e instantánea del ejercicio de derechos frente a la insuficiencia o laguna del sistema de preservación de derechos o su actuación ex post facto cuando todo ya ha ocurrido y solamente se ofrecen sistemas reparatorios o resarcitorios.

Se genera, de todos modos, en un espacio recortado por la inferioridad del trabajador y por lo tanto tiene una realización dificultosa¹³⁶. La institución denominada *jus resistentiae* reconoce, y hasta institucionaliza en cierta forma, una palanca de contraordenamiento frente a las facultades potentemente reconocidas al empleador en el pleno ejercicio de la organización y dirección empresaria.

Desde antaño, se suele partir del criterio de presunción de legitimidad de las disposiciones que brotan de las facultades de organización, dirección y variación de las formas y modalidades del trabajo (art. 64, 65 y 66 LCT). Se resume en el conocido *solve et repete*¹³⁷, textualmente, “paga y reclama” comprensiva de la idea de que para demandar o recurrir, para oponerse a una orden ejecutiva, generalmente de la administración, se debe en primer lugar pagar o garantizar el pago de la obligación. En el orden interno de la empresa, esta regla se traduce en que, frente a las órdenes del empleador, el trabajador debe en primer lugar cumplirlas y, luego, reclamar los derechos que se creen vulnerados.

Se trasladaba así al plano privado de las relaciones de trabajo, una suerte de *imperium* propio del poder público y a la vez, se negaba al trabajador capacidad para y legitimación para ponderar y calificar por sí mismo, la legalidad e ilegalidad de las órdenes recibidas¹³⁸. La reacción espontánea y solitaria del dependiente sin intentar acudir a la instancia administrativa o judicial, el desconocimiento del deber de obediencia o si se quiere de cumplimiento con la facultad organizativa y directiva del empleador de los arts. 64 y 65 L.C.T., llevaría a considerar inmediatamente que la directiva que se resiste se considerara legitimada.

136 PERA, GIUSEPPE, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1996, p. 428.

137 MORATO GARCIA, op. Cit. p. 138.

138 CRUZ VILLALON, JESUS, *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 211.

Los fundamentos del cumple (paga) y reclama son el mantenimiento de la jerarquía y el sistema de mandos empresarios y, paralelamente, la inadmisibilidad de que sea el dependiente el que juzgue la validez de los actos empresarios¹³⁹. Sin embargo, el sistema actual supone que las directivas pueden estar autolegitimada y de cumplimiento obligatorio debe sobrepasar el test de licitud establecido en los arts. 64 a 68 L.C.T. Contrariamente, las instrucciones que se manifiesten contrarias a ese estándar legal de regularidad, ingresan en zona crítica y pueden no generar sumisión ni sometimiento del trabajador¹⁴⁰.

En cuanto a las hipótesis del ejercicio son, en líneas generales, debe anticiparse que son de tono excepcional y de prudente aplicación. Como idea general, puede decirse que la orden del empleador que se resiste debe afectar la dignidad, “sea abusiva en extremo, peligrosa o discriminatoria o bien totalmente contraria a las mismas exigencias laborales”. La jurisprudencia de ese país, admite esta facultad frente a los atentados contra la dignidad se relacionan con las órdenes que pueden “rozar” derechos constitucionalmente protegidos, invadan la vida privada del trabajador o sean ilegales¹⁴¹. Igualmente en el derecho brasileño, el *jus resistendiae* se habilita cuando la modificación es esencial o arremete la dignidad o intimidad o causa perjuicios relevantes sobre los puntos de vista personal, moral, profesional o familiar¹⁴². En el derecho argentino, no ha tenido una manifestación franca y expresa como derecho de resistencia aunque

139 GUERRERO OSTOLAZA, JOSÉ MARIA, *La desobediencia e indisciplina en el trabajo* en AAVV, *El Despido disciplinario*, JOSE L. GIL Y GIL Y JOSE MANUEL DEL VALLE (Coord.), Cinca, Madrid, 2009, p. 129.

140 CNTrab., sala II, 9/10/98 “Rigo, Graciela c/ Activa AFJP SA s/ despido”: “El derecho que concede el art. 66 de la LCT debe ser ejercido con razonabilidad, límite que se encuentra consignado en el art. 68 del dispositivo legal citado, al establecer que se cuidará de satisfacer las exigencias de organización del trabajo de la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso de derecho. En tal sentido, “si la modificación impuesta por la empresa vulnera el principio de indemnidad, el trabajador tiene derecho a resistir el cambio, más allá de su razonabilidad” (conf esta Sala “Sánchez, Manuel c/ Astilleros y Fábricas Navales del estado SA” sent. del 9/10/89)” (Of. Jurisprudencia de la CNTrab. Bol. Set. 2007).

141 AAVV, SALA FRANCO, TOMAS (Dir.), *Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 616.

142 SOUTO MAYOR, JORGE, *Curso de direito do trabalho*, LTR, Sao Paulo, 2008, p. 403

puede encontrarse admitido y no negado en el derecho de carácter constitucional como legal.

La enumeración que requiere de un desarrollo pormenorizado es la siguiente:

- a) Frente a lesiones a derechos fundamentales.
- b) Sometimiento a condiciones ilegales de trabajo.
- c) Peligrosidad de la ejecución de las tareas.
- d) La obediencia “indebida” o desobediencia legítima.

e) Disposiciones ilegales, como en los casos de falta de otorgamiento de vacaciones, concederla fuera de los lapsos legales o trasladarlas arbitrariamente una vez concedida (art. 150 y sig. L.C.T.), no concederse las licencias especiales (art. 158 L.C.T.); cumplimiento de horas extraordinarias compulsivas, realización de controles personales sin salvaguardar la dignidad o intimidad (art. 70 L.C.T.), medidas que implique que el trabajador deba manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales (art. 73 L.C.T.), en caso de trabajo obligatorio en etapa pre o postparto y cuando se padece enfermedad certificada.

Finalmente, es de aclarar que el ejercicio de este derecho, no puede habilitar al empleador para aplicar sanciones o represalias, salvo una franca falta de fundamentación o desmesura en la utilización del instituto. En principio el ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (cfr. art. 1071 CC)¹⁴³. El ejercicio de un derecho no puede perjudicar a quién lo ejerce. En definitiva, el trabajador goza de indemnidad frente a esas conductas ya que, si bien no suelen evidenciarse trámites directos documentados, demandas administrativas o judiciales que pongan en evidencia formalmente el ejercicio del derecho de defensa, no se trata de otra cosa, aunque a nivel intraempresario e interpartes, de la preservación de un derecho mediante una “acción directa”, pero acción al fin¹⁴⁴. Por supuesto que será necesario establecer la existencia del nexo causal entre derecho de resistencia y represalia. La carga de la prueba deberá operarse según los parámetros de distribución e imposición desigual que la CS indicó en “P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/11 al tratar el tema del despido discriminatorio.

143 CNTrab. Sala II, “Etchart, Maria Ema c/Sistema Nacional de Medios Públicos SE”, 28/6/11, RC J 10422/11

144 ALVAREZ ALONSO, DIEGO, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresarias*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 101.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, ROBERT, "Sobre los derechos constitucionales a protección", en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- ALVAREZ ALONSO, DIEGO, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresarias*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- ARESE, CÉSAR, *Conflictos ligados al ejercicio de las facultades de organización y dirección*, Derecho del Trabajo, LXVII, Nro. VI, 2007.
- Discriminación ideológica y empresas de tendencia, *Revista de Derecho Laboral Rubinzal Culzoni*, Discriminación y Violencia Laboral, 2008, 2.
 - *Derecho Penal del Trabajo*, CD, Ed. UNC, 2004.
 - Derecho Penal del Trabajo, *Revista Derecho del Trabajo*, Bs. As. 2005.
 - Derecho Penal del Trabajo y de la Seguridad Social, *Revista 14 bis*, Cba. 2005.
 - *Sobre la conciliación laboral*, Revista Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, Bs. As. Agosto de 2011.
 - Baylos, Antonio, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
 - *La readmisión laboral en el PIDESC, el convenio 158 de OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo CS "Álvarez"*, RDL, I, 2011.
 - *Derechos de defensa y tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo*, RDL, Discriminación y violencia laboral II, Buenos Aires, 2009.
- BAYLOS, ANTONIO Y PÉREZ REY, JOAQUÍN, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.
- BIALET MASSÉ, JOSÉ, *Informe sobre el Estado de las Clases obreras del interior de la Republica Argentina en 1904*, Ed. UNC, 1972
- *Tratado de la responsabilidad civil en derecho argentino bajo el punto de vista de los accidentes de trabajo*, Ed. La Argentina, Rosario, 1904
 - *Proyecto de una ordenanza reglamentaria del servicio obrero y doméstico de acuerdo con la legislación y tradiciones de la República Argentina* (Ed. Imp. de Wetzel y Buscaglione, Rosario, 1902.

- BONESANA, CESAR (Marqués de Beccaría), *De los delitos y de las penas*, (1764), Alianza Editorial, Madrid, 1968.
- CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del Lavoro*, 2. Utet, Torino, 1999.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, septiembre 2007, <http://www.cidh.org>.
- FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- GALANTINO, LUISA, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 1998.
- GHEZZI, GIORGIO Y ROMAGNOLI, HUMBERTO, *Il rapporto di lavoro* (2 ra. Ed.), Zanichelli, Bologna, 1999.
- GIALDINO, ROLANDO, "El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2006, fsc. 23.
- GODINHO, MAURICIO, *Curso de Derecho del Trabajo*, LTr, Sao Paulo, 2008.
- GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2008
- GUERRERO OSTOLAZA, JOSÉ MARIA, *La desobediencia e indisciplina en el trabajo en AAVV*, El Despido disciplinario, JOSE L. GIL y GIL Y JOSE MANUEL DEL VALLE (Coord.), Cinca, Madrid, 2009
- Javillier, Jean Claude, *Droit du travail*, LGDj, Paris, 1996.
- LEDESMA, LUIS. *Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Ed. F. Friedrich Ebert, Bs. As., 1995.
- MARAZZA, MARCO, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002
- Monteiro de Barros, Alice, *Curso de Directo do Trabalho*, 5ta. Ed. LTr, San Pablo, 2009
- MORATO GARCÍA, ROSA MARÍA, *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 137
- OIT, *Protección contra el despido injustificado*, Ginebra, 1995.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón, *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992
- PELISSIER, JEAN; SUPIOT, ALAIN Y JEAMMAUD, ANTOINE, *Droit du Travail*, Dalloz, París, 2006.

- PERA, GIUSEPPE, *Compendio di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1997.
- PEREZ, MIGUEL OMAR, *La protección del trabajador que declara como testigo en juicio laboral*, Editorial, AADTSS, www.asociación.org.ar
- RENTERO JOVER, JESÚS, *Derecho procesal del trabajo: el rol del juez laboral*, en “Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)”, Bomarzo, Bs. As. 2006.
- RIVERO LAMAS, JUAN, *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010, p. 12. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “Poder de dirección y derecho contractual”, AAVV, Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- SANTANA, RICARDO, *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada*, fcu, Montevideo, 2001.
- SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2004.
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN, *El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba*, RDLSS 2009-11-980 y *La prueba testimonial a la luz del in dubio pro operario*. La Ley Online.
- SINZHEIMER, HUGO, *La esencia del derecho del trabajo* (1927), en *Crisis económica y derecho del trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, p. 73.
- SUPIOT, ALAIN, *Crítica del derecho del trabajo*, MTAS, Madrid, 1996.
- Homo Juridicus*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.
- El derecho del trabajo*, Heliasta, Bs.As. 2008.
- ¿Por qué un derecho del trabajo?*, Documentación Laboral, Nro. 33, 1993, 1, p. 19.
- VALDÉS DAL RE, FERNANDO, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, 2003, Libro de Informes Generales.
- VENEZIANI, BRUNO, *Il lavoro tra cittadinanza civile e cittadinanza sociale*, ponencia en el Seminario Internacional de Derecho Comparado de Trabajo, Relaciones Profesionales y de la Seguridad Social, Universidad Montesquieu, de Burdeos, Francia, 28/5/08.