

La crisis económica como defensa frente a despidos discriminatorios

La peligrosa puerta que trajo el caso Fontana



*Demían Zayat**

Introducción

El 8 de abril de 2021 la Corte Suprema dictó sentencia en el caso “Fontana Edith Fabiana c/ Cibie Argentina s/ juicio sumarísimo” y dejó sin efecto la sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo, que –a su vez– había revocado la sentencia de primera instancia y había considerado acreditado el despido discriminatorio de la actora. Para llegar a dicha conclusión, la Corte Suprema entendió que la Cámara no había tomado en cuenta la defensa de la demandada, sobre que el despido se había producido en razón de la crisis económica que afrontaba la empresa y no por motivos discriminatorios. Para esto, la Corte entendió que era de aplicación el estándar de prueba de los casos “Pellicori”, “Sisnero” y “Varela” (es decir, de trato desigual) y que el demandado debía tener la oportunidad para probar un motivo no discriminatorio. Finalmente, luego de esta decisión de la Corte Suprema, ahora la Sala VII de la Cámara Nacional del Trabajo que intervino en el reenvío, entendió que estuvieron probadas las dificultades económicas y, por lo tanto, que el despido no fue discriminatorio.

Este caso nos muestra que aún no está claro cuál debe ser el estándar de prueba para los casos de discriminación, ya sea que se produzcan por trato desigual (“Pellicori”, “Sisnero”) como para los casos de impacto desproporcionado (“Castillo”), ni tampoco las defensas que pueden oponerse en cada caso ni

* Abogado UBA (2000), magíster en Derecho por la Universidad de Stanford (EE.UU.) (JSM, 2009). Profesor de Derecho Antidiscriminatorio en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo y profesor de Derecho Constitucional en la UBA. En la actualidad es director de Asistencia a la Víctima del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

su amplitud. En este comentario, seguiré los precedentes resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos al exponer estas doctrinas y veré las discusiones que tuvieron en dicho contexto, para analizar si pueden ser aplicados por nuestros tribunales.

La doctrina de la discriminación por trato desigual prohíbe que dos personas o grupos igualmente situados sean tratados –en los hechos– de forma distinta con base a características no relevantes desde el punto de vista moral, como podrían ser el género, la raza, la religión, etc.¹ En estos casos, según el estándar de prueba delineado jurisprudencialmente, el denunciante podrá acreditar su caso *prima facie* en tanto pertenezca a una minoría históricamente desaventajada o perseguida, y muestre indicios de que el hecho discriminatorio sucedió. Frente a ello, será la parte demandada quien deba *probar* que existió una razón objetiva y no discriminatoria para el trato desigual; frente a lo cual la actora podrá acreditar que la defensa es en realidad un pretexto para ocultar la discriminación.

Por su parte, la doctrina del impacto desproporcionado prohíbe las políticas empresarias o públicas, o las normas, que –aun siendo neutras en su texto– impacten de modo desproporcionado sobre grupos históricamente vulnerabilizados o desaventajados, o que gocen de una protección especial. En estos casos –según el desarrollo jurisprudencial– el demandante podrá acreditar su caso *prima facie* demostrando el impacto desigual que tuvo cierta política o decisión adoptada por el denunciado, sobre un grupo protegido al que pertenece. En ese caso, será el denunciado quien deba *probar* que esa decisión o política es una necesidad del negocio, o que la política está en relación con el puesto de trabajo. Frente a ello, el denunciante podrá demostrar que estaba disponible una alternativa menos discriminatoria que se podría haber adoptado, con un efecto menos perjudicial para el grupo protegido.

Estas doctrinas fueron desarrolladas por la Corte Suprema estadounidense durante la década de 1970, y fueron adoptadas luego por otros tribunales nacionales e internacionales. Nuestra Corte Suprema adoptó la doctrina de trato desigual en el precedente “Pellicori”,² de 2011, y la de impacto desproporcionado en “Castillo”,³ de 2017. Sin embargo, aún no se han terminado de receptar completamente los diversos estándares y sus respectivas defensas. La solución de “Fontana” parece confundir las defensas sobre “necesidad del negocio” de la doctrina del impacto desproporcionado y la aplicó en la doctrina del trato desigual. Sin embargo, tampoco está claro el alcance de la defensa de la “crisis económica” tampoco para el caso de impacto desigual.

En este comentario voy a hacer un análisis más preciso de los diversos estándares y sus consecuencias, para ver si se podría utilizar esta defensa de las dificultades económicas dentro del derecho antidiscriminatorio. Para ello, en la próxima sección analizaré los hechos del caso “Fontana” y las decisiones judiciales que se adoptaron. Luego, analizaré las defensas que se podrían adoptar en los casos de trato desigual y en los casos de impacto desproporcionado, y cuáles podrían ser las consecuencias de aceptar los problemas

1 Realizó un desarrollo mayor de estas teorías en Zayat, D. (2014). El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado. En J. S. Elías, L. S. Grosman, S. Legarre y J. C. Rivera (comps.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2 Fallos 334:1387. Luego tuvo un desarrollo más amplio en “Sisnero” (Fallos 337:611) de 2014.

3 Fallos 340:1795.

económicos como defensa frente a un supuesto hecho discriminatorio. Por último, cerraré con algunas conclusiones, en tanto entiendo que el estándar estuvo mal aplicado por la Corte Suprema.

El caso Fontana

Fabiana Fontana fue despedida de la empresa Cibié, ex Valeo, en octubre de 2014 junto con otros 35 compañeros de trabajo. La empresa –que produce ópticas para automotores y tenía aproximadamente 120 empleados en la planta que está ubicada en la provincia de Córdoba– ya venía con conflictos desde el año anterior. En el año 2013 decidió despedir a varios trabajadores –entre ellos a Fontana– y en razón de las medidas de fuerza realizadas por los trabajadores, y la intervención del Ministerio de Trabajo, tuvo que dejar sin efecto los despidos. Luego, en 2014, decidió suspender a trabajadores eventuales, propuso otras suspensiones de personal e inició un procedimiento preventivo de crisis de empresa (arts. 98 a 105 de la Ley N° 24013), y posteriormente despidió a 35 empleados en base a lo dispuesto por el artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). Finalmente, luego de varias negociaciones, completó la indemnización de estos trabajadores según la indemnización para el despido sin causa del artículo 245 de la LCT.

En su demanda, la actora alegó que los 35 despidos de 2014 coincidieron con quienes estuvieron más activos en las medidas de fuerza de 2013, y que a partir de dicho momento la empresa inició acciones de persecución y hostigamiento a la organización sindical. Es por ello que entendió que su despido fue discriminatorio y solicitó a la justicia la reinstalación en el cargo, de acuerdo al precedente “Álvarez”⁴ de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, la empresa alegó que la actora no era delegada sindical ni tenía protección especial, que existía representación sindical organizada, que todos los empleados de la empresa participaron en las medidas de fuerza de 2013, y que la despidieron debido a que, en razón a la crisis económica que estaban atravesando, decidieron despedir a los empleados con menor productividad y con baja contracción al trabajo. Que la actora fue despedida inicialmente en febrero de 2014 (y luego reinstalada) por su negativa a prestar servicios en normal cumplimiento del horario de trabajo, a pesar del apercibimiento formulado. Y que por ello finalmente fue despedida una vez cerrado el procedimiento preventivo de crisis. Alegó que no era una buena trabajadora.⁵

El juez de primera instancia rechazó la demanda por despido discriminatorio. Para llegar a dicha conclusión entendió que no existían elementos de prueba que permitieran acreditar el rol sindical protagónico alegado, en tanto en el establecimiento existía un cuerpo de delegados que cumplía esa función y que la mera participación en asambleas, en el marco de un conflicto colectivo, no alcanzaba para

4 *Fallos* 333:2306, 2010. En este precedente, la Corte Suprema se encontró dividida sobre si frente a un despido discriminatorio (en dicho caso, también por razones sindicales) correspondía una indemnización agravada (como la del art. 182 de la LCT, que era lo que sostuvo la minoría) o su reposición en el cargo, que es lo que terminó decidiendo la mayoría del tribunal.

5 Véase la contestación de demanda y el resto de las piezas procesales en el Expte. CNT N° 20925/2015.

calificar a un trabajador de activista sindical. Y con relación a la indemnización brindada, en tanto que se había completado la establecida en el artículo 245 de la LCT, no era necesario ingresar a analizar si correspondía una indemnización reducida en virtud de la crisis económica del artículo 247 (LCT).

Por su parte, la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo (CNT) revocó la sentencia de primera instancia. Para llegar a tal conclusión, entendió que los elementos de prueba recolectados en la causa sí le permitían entender que la actora fue una asistente activa de las asambleas, y que en la práctica cumplía un rol de “correa de transmisión” entre los delegados y los trabajadores. Que ya había sido despedida en el año 2013, junto a otros 40 trabajadores, y que por ello tenía un papel activo en las medidas de fuerza colectivas. Por ello, concluyó que existían pruebas para sostener que el despido fue una conducta antisindical y un acto discriminatorio por su actividad gremial y tuvo por acreditado el caso *prima facie* del precedente “Pellicori”.

La Corte Suprema revocó esta sentencia. Para llegar a esa conclusión, la mayoría del tribunal (Rosenkrantz, Highton, Lorenzetti y Maqueda) entendió que la Cámara había tenido por acreditado el caso *prima facie* de trato desigual (doctrina de “Pellicori”, “Sisnero” y “Varela”),⁶ pero no tuvo en cuenta la defensa del demandado, sobre que el despido no tenía una causal discriminatoria. En este entendimiento,

la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente [...] configura *prima facie* una causa seria y objetiva ajena a toda discriminación...

El juez Maqueda formó parte de esta mayoría, pero escribió un voto propio porque no compartía la descripción de la defensa del demandado que realizaron los restantes jueces de la mayoría, frente a la acreditación del caso *prima facie*. Así, Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti describieron la defensa del siguiente modo:

corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. *Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere.* La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos (destacado propio).

Por su parte, Maqueda, en su voto, describió a la defensa del siguiente modo: “corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa *una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación*” (destacado propio).

6 Fallos 341:1106.

Por su parte, el Juez Rosatti, en disidencia, entendió que debía declararse inadmisibile el recurso puesto que se basaba en cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia extraordinaria, y que no había sido identificado adecuadamente qué defensas no habían sido tenidas en cuenta por la Cámara, en tanto los indicios tenidos en cuenta para acreditar el caso *prima facie* fueron correctamente referenciados.

Por último, en el reenvío efectuado a la Cámara del Trabajo para que analice la defensa efectuada por la demandada, el caso fue fallado por la Sala VII. Este tribunal analizó el informe pericial contable agregado en el expediente y entendió que en el año 2014 la empresa sufrió pérdidas netas del 50% con relación al 2013, lo que sí demuestra la verdadera existencia de dificultades económicas y financieras. En base a esto, la Sala VII entendió que el despido no obedeció a razones discriminatorias sino que fue consecuencia de las dificultades económicas por las que atravesaba la empresa.

Por supuesto, ninguno de los tribunales intervinientes tuvo en cuenta que pudo haber sido que en virtud de las dificultades económicas la empresa haya decidido despedir trabajadores, pero que los hubiera seleccionado por motivos discriminatorios. Por ello, habrá que entender cuál sería el alcance de esta defensa en el marco de un test por despido discriminatorio.

La doctrina del trato desigual

Cuando la discriminación se da en los hechos (y no en normas o políticas generales), en donde se establece un trato diferencial perjudicial hacia una persona por su pertenencia a un grupo históricamente vulnerabilizado, frente a otra que no pertenece a dicho grupo, podemos estar frente a la discriminación por trato desigual. Esta es una discriminación intencional (aunque no siempre consciente) en tanto la persona que discrimina, al momento de decidir, tiene en cuenta su pertenencia al grupo protegido, y en base a ello realiza su trato desigual.

El movimiento de derechos civiles de Estados Unidos ha realizado numerosos estudios empíricos y litigios para acreditar diferencia de trato entre blancos y afroamericanos ante los tribunales. Así se han desarrollado estándares en el contexto del empleo para acreditar la discriminación sutil y posiblemente inconsciente. Los demandantes que aleguen un trato desigual deberán probar que el demandado, de modo intencional, discriminó al miembro del grupo y que esto provocó un daño identificable.⁷ La intención en algunos casos puede ser inferida del mero hecho de la diferencia de trato, pero no alcanza únicamente con la prueba del resultado desigual, sino que la conducta del denunciado debe estar condicionada por la raza del demandante. En caso de motivos mixtos, el demandante debe probar que el motivo ilegal fue un factor determinante.⁸

7 Véase Ayres, I. (2013). Venta de Autos Justa: la discriminación de género y raza en las negociaciones de ventas de autos. En D. Zayat (ed.), *La discriminación en el mercado* (p. 81). Buenos Aires: Universidad de Palermo, Colección de Ciencias Jurídicas. Ayres refiere a *Price Waterhouse v. Hopkins*, 109 S.Ct 1775, 1790 (1989) y a *International Bhd. Of Teamsters v. United States*, 431 UD 325, 335 (1977).

8 Esto estuvo en discusión en *Price Waterhouse*, citado en la nota anterior. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Caminos Graciela c. Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despi-

El test paradigmático del trato desigual surgió en el precedente *McDonnell Douglas v. Green*⁹ de la Corte estadounidense del año 1973. En dicho caso, Green, un trabajador afroamericano activista por los derechos civiles, que había sido despedido en una reducción de personal, se presentó tiempo más tarde a una nueva convocatoria de personal que realizó la aeronáutica Mc. Donnell Douglas. Sin embargo, no fue contratado y siguieron buscando personal.

La Corte tuvo por probada la discriminación a través del siguiente test: i) Green pertenece a una minoría protegida; ii) estaba calificado y se postuló para un puesto; iii) no lo contrataron y siguieron buscando personal para dicho puesto. Con estos elementos tuvo por probado el caso *prima facie* de discriminación (A), y entonces correspondía a la demandada que otorgue una *justificación objetiva y no discriminatoria* para su accionar (B). En este caso, la empresa alegó que no lo contrató en tanto Green había participado en medidas de fuerza contra la empresa al protestar por prácticas de empleo que entendía racistas. Sin embargo, frente a ello, la Corte Suprema entendió que el denunciante debía tener la oportunidad de demostrar que esta justificación era un pretexto para ocultar el hecho discriminatorio (C). Green no tuvo esa oportunidad, y no pudo demostrar, por ejemplo, que otros empleados que también participaron de las medidas de fuerza no habían sido ni despedidos ni recontratados, y por ello la Corte Suprema anuló la sentencia y reenvió su estudio a las instancias inferiores.

Puede observarse que del precedente estadounidense el test para analizar el trato desigual discriminatorio tiene tres partes. En primer lugar, el demandante debe probar su caso *prima facie*. Para ello, alcanzará con demostrar que pertenece a un grupo protegido y que estaba capacitado para el cargo y que no fue elegido. Luego, en segundo lugar, la denunciada podrá acreditar que existió un *motivo objetivo y no discriminatorio* para su accionar. Y entonces, en tercer lugar, el denunciante podrá rebatir esta prueba acreditando que es un *mero pretexto* para ocultar la discriminación.

Esta doctrina llegó trunca a nuestro país. El primer caso donde la Corte Suprema recepta esta teoría fue en “Pellicori”. Sin embargo, allí no hizo referencia al precedente estadounidense ni explicitó los hechos del caso, y solo fijó el estándar del siguiente modo:

resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo [discriminatorio], con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica (cons. 11).

do”, Fallos 344:1336, señaló que si la discriminación obedeció a una combinación de motivos, hay que tener en cuenta si el motivo señalado como discriminatorio tuvo una incidencia determinante en la decisión (voto de Rosenkrantz).

9 USSC 411 US 792 (1973).

Solo se receptaron las dos primeras partes del test, y no quedó claro tampoco cómo acreditar el caso *prima facie*, ni si este es solo para grupos con especial protección o para todos los casos de discriminación que puedan surgir, aun cuando no fueran de grupos con especial protección.

Unos años más tarde, en el caso “Sisnero” –sobre la no contratación de mujeres para conducir colectivos urbanos– se hace mención al precedente *McDonnell Douglas*, pero el test sigue siendo muy similar a lo establecido en “Pellicori”:

para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (conf. Pellicori, cons. 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

En dicho caso, la demandante había probado su caso a través de la prueba de su calificación (registro profesional) y la prueba estadística sobre la cantidad de mujeres contratadas por la empresa de colectivos de Salta. Eso fue suficiente para acreditar el caso de discriminación *prima facie*. Frente a ello, la demandada debió haber brindado una justificación objetiva y no discriminatoria, pero falló en su cometido en tanto brindó argumentos estereotipados sobre el rol de la mujer en la sociedad salteña, y solo realizó una negativa de la intención discriminatoria. Así, la Corte Suprema entendió que la no contratación de Sisnero resultó discriminatoria en tanto la trataron de modo desigual en razón a su género.

En 2018, la Corte Suprema resolvió el caso “Varela”¹⁰ aplicando el mismo estándar. En el caso, el actor cuestionó su despido porque entendió que obedeció a un motivo discriminatorio. Así, lo despidió cuando propuso la designación de delegados sindicales ante el Ministerio de Trabajo. Si bien la empleadora había alegado que el despido se debía a supuestas impuntualidades, el actor sostuvo que fue el intento de avanzar con la organización sindical ante la inexistencia de representación lo que motivó el despido. La Corte aplicó el estándar de “Pellicori” y “Sisnero” y aclaró que dicho estándar

es aplicable en la presente causa, en la que se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592 y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen.

¹⁰ “Varela, José Gilberto c/ Disco S. A. s/ amparo sindical”, citado en nota 6.

Al respecto, en relación con la prueba *prima facie* de su caso dijo que

Quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El artículo 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales.

Con respecto a la Ley Antidiscriminatoria N° 23592 entendió que el test será

el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.

Frente a dicha acreditación *prima facie* de un despido discriminatorio, la empleadora deberá probar que

el trato dispensado al trabajador en cuestión [despido sin causa] no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.

Este precedente “Varela” es un supuesto de hecho similar al del caso “Fontana”. En ambos se cuestionó un despido por ser en razón de la opinión gremial, como una represalia frente a la organización sindical. En el caso “Varela” (de modo similar que en el precedente “Álvarez c/ Cencosud”)¹¹ el trabajador despedido había comenzado a realizar acciones para constituir una nueva organización sindical inexistente hasta ese momento. En “Fontana”, por el contrario, existía una representación sindical activa. Sin embargo, allí se alegó que se había violado el artículo 53, inciso e, de la Ley N° 23551, en tanto el despido fue una represalia por haber participado en medidas de fuerza establecidas.

De acuerdo al estándar instaurado, Fontana podría haber acreditado su caso *prima facie* a través de probar su participación en las asambleas y las medidas de fuerza y el consecuente despido. No resultaba tan contundente la prueba aportada ya que las medidas de fuerza fueron un año antes de los despidos. Sin embargo, dependía de la valoración del juez.

¹¹ Citado en la nota 4. El demandado es parte del mismo grupo económico en ambos casos.

Frente a ello –siguiendo con este estándar– la demandada podría, por un lado, haber cuestionado la acreditación *prima facie* del caso, alegando –por ejemplo, como efectivamente hizo– que todos los empleados de la planta habían participado de las medidas de fuerza, por lo que sería imposible pretender que esto fuera una sanción por esa participación, y debió haber tenido pruebas para tales fines (por ejemplo, listados de presentismo o fotografías del día en cuestión).

Por otro lado, siguiendo el criterio de “Varela”, debió haber acreditado que el despido sin causa correspondía a alguna razón no discriminatoria. En el expediente la denunciada alegó que Fontana tenía baja productividad, pero no se acompañó prueba al respecto tampoco.¹² Lo que sí adujo, y presentó prueba al respecto, es que el despido se debió a la crisis económica que atravesaba la empresa.

Según el estándar de *McDonnell Douglas* frente a la defensa, la actora debió tener una oportunidad de acreditar que esto había sido un mero pretexto para encubrir un despido discriminatorio. Si la actora hubiera acreditado que, por el contrario de lo señalado, solo despidieron a quienes participaron de las medidas de fuerza, o que aun con la crisis económica la eligieron a ella por motivos de sus opiniones gremiales, o por ejercer el derecho de reunión o protesta, la defensa de la demandada debería haberse caído.

Según el criterio de la Corte, podría pensarse que la mera defensa de la crisis económica se utilizaría como una carta blanca para despedir discriminatoriamente a quienes la empresa quisiera desvincular por las peores razones. Supongamos, por caso, que frente a una crisis económica, resulta que hay una reducción de personal, y se despiden a 35 personas y resulta que todas ellas son de religión judía, o que todas ellas son personas LGBT, etc. Lo mismo sucede si todos los empleados despedidos participaron en una medida de fuerza.

Que exista una crisis económica no permite despedir con base a un criterio protegido, sino que habrá que acreditar que no se siguió ninguna pauta prohibida al elegir a quienes serían despedidos, en virtud de una reducción de personal habilitada por una crisis económica.

Por ejemplo, en el caso que dio origen al Dictamen N° 328/2020 del INADI¹³ se discutía si los despidos sin causa realizados por la empresa concesionaria de gas de la provincia de Córdoba tenían motivos discriminatorios. Allí se pudo acreditar un trato desigual colectivo al mostrar un patrón o práctica discriminatoria en razón de la edad. Así, de los 11 despidos que se realizaron en el mismo acto, 9 eran sobre personas mayores de 45 años de edad (el 81% de los despedidos), mientras que en la planta, los mayores de esa edad eran tan solo el 36% de los empleados. Con prueba estadística, sumada a testimoniales, se pudo acreditar que la edad fue un factor tenido en cuenta para despedir a los trabajadores, y eso resultó discriminatorio.

Según la jurisprudencia comparada, en la doctrina del trato desigual también existe una defensa posible frente a la utilización de un criterio discriminatorio: que el cargo en cuestión requiera de

12 Esta prueba hubiera resultado esencial. Podría haber acompañado las evaluaciones periódicas de personal que se realizaron o se podrían haber realizado; o comunicaciones a la empleada corrigiendo o solicitándole mayor afección al trabajo, o por cualquier otro medio. No sería necesario acreditar sanciones al respecto, sino simplemente con directivas a tal fin se podría haber justificado que tenía una baja productividad.

13 Z. P. M. c/ Distribuidora de Gas del Centro S. A., Dictamen N° 328/2020, INADI, 27 de octubre de 2020. Recuperado de www.saij.gob.ar, bajo el Id SAIJ: DI200328.

buena fe de una calificación no neutral (doctrina de la Bona Fide Occupational Qualifications, BFOQ). Y esto podría darse tanto en casos donde se acredite que la calificación no neutral es necesaria para generar o mantener una “atmósfera genuina” o por cuestiones de “privacidad o intimidad”. Por ejemplo, un restaurante de comida china podría legítimamente alegar que solo contrata mozos chinos u orientales para darle un ambiente genuino a su local. O algo similar podría ocurrir con una escuela religiosa que solo contrata profesores creyentes para que enseñen religión (sin embargo, este requisito no podría ampliarse para quienes realicen tareas administrativas o de mantenimiento en el mismo establecimiento). Por otro lado, también se admitió la utilización de criterios no neutrales en relación con el género para limpieza de sanitarios, para asistencia de personas mayores o seguridad en las prisiones. En estos casos habrá que acreditar que la calificación no neutral se relaciona con la esencia o con la misión central del empleo.¹⁴

Sin embargo, cuesta pensar que las BFOQ puedan aplicarse a cuestiones relacionadas con opinión gremial o ejercicio de derechos de reunión o asociación. No fue tampoco la defensa utilizada por la demandada en el caso “Fontana”.

La doctrina del impacto desproporcionado

La otra gran doctrina dentro del derecho antidiscriminatorio es la del impacto desproporcionado, o también llamada de discriminación indirecta.¹⁵ Esto sucede cuando alguna norma o política empresarial, o pública, neutra en su redacción o formulación, será cuestionada desde el principio de igualdad si su impacto o sus efectos afectan desproporcionadamente a determinado grupo con especial protección.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema estadounidense en 1971 en el precedente *Griggs v. Duke Power*.¹⁶ Allí se cuestionaba que la empresa eléctrica demandada, si bien había eliminado los requisitos raciales para sus contrataciones, establecía el requisito de poseer título secundario para promocionar a sus empleados. Este requisito, sin relación con el puesto de trabajo al que se aspiraba, tenía como efecto excluir a gran parte de los postulantes afroamericanos que, en términos generales, no tenían los diplomas requeridos. La Corte Suprema entendió que este requisito, aun si no tuviera la intención de discriminar, excluía desproporcionadamente a los afroamericanos y no podía mantenerse al no estar relacionado con el puesto de trabajo y no ser una necesidad del negocio.

14 Véase al respecto Lidge III, E. F. Financial Costs as a Defense to an Employment Discrimination Claim. *Arkansas Law Review*, 58(1), 10. Allí menciona varios casos con ejemplos de BFOQ y remite al trabajo de Lewis y Norman (2000). *Employment Discrimination Law & Practice*, párrafo 3.3, número 21.

15 Así la ha conceptualizado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, numeral 103; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, No. 257, numeral 286, con referencia a lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

16 USSC, “*Griggs v. Duke Power Co*”, 401 U.S. 424 (1971).

Asimismo se estableció el siguiente estándar de prueba: en casos de impacto desproporcionado será la parte actora quien deberá demostrar su caso *prima facie* a través de la prueba de que determinada política, que debe ser neutral en su formulación, impactará desproporcionadamente en un grupo minoritario. Frente a esto, el demandado deberá demostrar que esa política es una necesidad del negocio o del Estado, o que está relacionada con el puesto de trabajo en cuestión. Si falla en esta justificación, la política o el requisito será contrario al principio de igualdad. Frente a esta demostración, la parte actora podrá acreditar que existía una alternativa menos discriminatoria o con menor impacto contra el grupo con especial protección.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Castillo Carina Viviana c. Provincia de Salta”,¹⁷ donde se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 27 inciso ñ de la Constitución de la provincia en tanto establecía que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”. Esta norma, neutral en su formulación, tenía un impacto desproporcionado contra las personas que profesaban una religión distinta a la católica o ninguna religión.

Allí, la Corte estableció que

21) en los casos en los cuales exista una norma neutral que *prima facie* genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad –ante el riesgo de una discriminación a ese grupo–, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado. En otros términos, la disposición puesta en crisis por la existencia *prima facie* de discriminación justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad. 22) Que una vez comprobado ese efecto de desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación.

La defensa por excelencia para los casos de impacto desproporcionado es la necesidad del Estado o del negocio. Asimismo, para casos laborales, también podrá acreditarse que el requisito (neutral) está en relación con el puesto de trabajo.

La defensa de la necesidad del Estado / negocio tiene una amplitud que aún no ha sido fijada por nuestros tribunales. En el contexto estadounidense, esta amplitud fue el corazón del debate legislativo de 1990, que aprobó un texto que fue vetado por el presidente Bush. Finalmente en 1991 se aprobó otro texto de compromiso¹⁸ que definió que la política cuestionada no estará justificada si “el demandado falla en demostrar que la práctica está relacionada con el cargo en cuestión y es consistente con una necesidad del negocio”.

¹⁷ Fallos 340:1795, sentencia del 12 de diciembre de 2017.

¹⁸ Véase al respecto Ayres, I. (2013). Poder de Mercado y Desigualdad: un estándar de conducta competitiva para analizar si el impacto desproporcionado está justificado, publicado en español en D. Zayat (ed.), *op. cit.*

El punto central del debate es qué política no será una necesidad del negocio. ¿Pagar lo menos posible a un empleado será una necesidad del negocio? Así, ofrecer un salario muy bajo que solo lo aceptarán empleados que tienen un menor acceso al mercado, ¿podría ser aceptado aun si tiene un efecto desproporcionado sobre cierto grupo protegido? El profesor Ayres entiende que este estándar de la necesidad del negocio solo será aceptable cuando no sea una política anticompetitiva que se aproveche de la debilidad de cierto grupo en el mercado. Un empleador no podría aprovecharse de la menor capacidad de negociación de cierto grupo protegido (igual de productivo que otro) para pagarle menos.

Asimismo, la discusión central pasa por entender qué resulta ser “una necesidad”. Existe una diferencia en que algo sea útil a que algo sea necesario. La idea de necesidad parece más vinculada con decisiones que si no se adoptan llevan a la quiebra del negocio. Sin embargo, lo cierto es que no es claro aún el alcance que le darán nuestros tribunales.¹⁹

Por otro lado, el requisito de “en relación con el puesto de trabajo” está vinculado a los requisitos exigidos para realizar contrataciones o promociones. Así, debe existir una correlación estadísticamente significativa entre el requisito fijado o el éxito en el test que se exija y el éxito del desempeño en el trabajo.

Frente a las defensas de la necesidad del negocio / Estado o la relación con el puesto de trabajo, la parte actora aún podrá acreditar que existía y estaba disponible una alternativa menos discriminatoria. En ese caso, si la actora puede acreditar que esto estaba disponible y no fue adoptado, la política o norma con impacto desproporcionado caerá por discriminatoria. Muchas veces esta prueba es difícil para la actora, pero en algunos casos sí puede acreditarse.

Por ejemplo, en el caso que motivó el Dictamen N° 214/2020 del INADI,²⁰ el denunciante, una persona con discapacidad, manifestó que si bien cuenta con pase de libre estacionamiento en su automóvil, la Dirección General de Administración de Infracciones de la Ciudad de Buenos Aires le labra habitualmente infracciones por estacionamiento en lugar prohibido, y frente a esto, debe recurrir al controlador administrativo para que las deje sin efecto. Señaló que en los últimos años le realizaron 210 infracciones en la puerta de su domicilio, y tuvo que ir a dejarlas todas sin efecto ante el controlador, con los trastornos que ello le contrae. Aquí, el Instituto contra la Discriminación entendió que existía una norma neutra (la Ley de Tránsito) que tenía un impacto desproporcionado sobre un miembro de un grupo protegido. Aun cuando el denunciado podía alegar la necesidad del Estado en multar el mal estacionamiento, el denunciante acreditó que se podría realizar un análisis previo al envío de la multa en el Registro de Antecedentes de Tránsito (arts. 38 y 44 del Código de Faltas) y descartar estas multas sin necesidad de que tenga que presentarse la persona. Es decir, existía una alternativa menos discriminatoria que no fue utilizada por el Gobierno de la Ciudad.

19 La Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “New York City Transit Authority v. Beazer”, 440 US 568 (1979), señaló que el demandado no debía demostrar que la práctica cuestionada era “requerida”, sino que al menos la práctica atendía de modo significativo los objetivos del negocio. Véase Lidge, E. F., *op. cit.*

20 “H. V. c/ Directora General de Administración de Infracciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Dictamen N° 214/2020, INADI, 27 de agosto de 2020. Recuperado de www.sajj.gov.ar bajo el Id DI200214.

La defensa de la crisis económica frente al trato desigual

La defensa de la crisis económica que utilizó la Corte Suprema en “Fontana” parece tener una vinculación con esta idea de “necesidad del negocio” de la doctrina del impacto desproporcionado. Según lo que surge del fallo, la crisis económica sería una razón objetiva y ajena a la discriminación que hace que los despidos sean necesarios. En caso de no realizarlos, la empresa queda en riesgo de cerrar y por ello son necesarios para el negocio.

Sin embargo, para que esta defensa entre a jugar debemos estar analizando la doctrina del impacto desproporcionado, esto es, debe ser la respuesta frente a una norma o política neutra que tiene un impacto desproporcionado contra un grupo protegido. Podría haber sido el caso si la empresa hubiera decidido, por ejemplo, despedir a los últimos contratados, y generase un impacto desproporcionado contra mujeres o contra personas con discapacidad o personas trans, si hubiesen ingresado como respuesta a las acciones afirmativas para fomentar su empleo. En ese caso, una política neutra (“despedir a las últimas incorporaciones”) tuvo efectos desproporcionados contra un grupo protegido, y en esas circunstancias deberá acreditarse que es una necesidad del negocio (y luego se discutirá si existe una alternativa con menos efecto sobre el grupo).

Empero, en la doctrina del trato desigual esta defensa de la necesidad del negocio no debe jugar. Cuando lo que se está cuestionando es una decisión que discrimina de modo directo contra un grupo protegido, la denunciada podrá brindar una razón objetiva y no discriminatoria (“ajena a toda discriminación”), y la circunstancia de la crisis económica no podrá ser una razón objetiva para despedir un empleado bajo criterios discriminatorios. Como señalé anteriormente, la crisis económica no es razón para justificar el despido de los mayores de 45 años, o a las personas con discapacidad, o a los empleados LGBTIQ+, o como en este caso, a los activistas sindicales.

En la doctrina del trato desigual, esto es cuando se acreditó *prima facie* que se realizó una decisión laboral no neutra, sino por dicha razón, las defensas que se pueden atender no son tan amplias. Podría señalarse que es una de las ocupaciones BFOQ, en razón de generar un contexto de “autenticidad” o por razones de “privacidad”, o podrá acreditarse que es consecuencia de una razón objetiva y no discriminatoria (que no sea un pretexto para discriminar). Pero esta defensa para el trato desigual no puede ser tan amplia como lo entendió la mayoría de la Corte: “cualquier otro motivo de la naturaleza que fuere”. No podría ser una defensa de necesidad del negocio. Admitir una crisis económica para realizar decisiones laborales no neutras sencillamente desnaturaliza la doctrina del trato desigual.

Conclusión

El fallo “Fontana” y que los tribunales laborales admitan la defensa de la crisis económica²¹ para justificar despidos discriminatorios por trato desigual resulta sumamente peligroso. Esto incorpora una

21 Véase asimismo la preocupación de Pose, C. (07/06/2021). El delicado ojo de la tempestad o el caso “Fontana”. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/1594/2021.

defensa ajena a la doctrina, pensada para los casos donde las normas o políticas son neutrales, y no de discriminación intencional.

Durante la década pasada, el derecho antidiscriminatorio en nuestro país tuvo un avance muy importante en los precedentes “Pellicori” (2011), “Sisnero” (2014) y “Castillo” (2017). Esto vino a completar la teoría de las categorías sospechosas de la década anterior, de “González de Delgado” (2000), “Hooft” (2004) y “Gottschau” (2006). Con “Castillo” se terminaron de delinear las diversas doctrinas posibles, con sus estándares de prueba propios. Así, la Corte pudo diferenciar las categorías sospechosas cuando la norma o política adoptaba criterios prohibidos de modo expreso, el trato desigual cuando en los hechos se discriminaba intencionalmente sobre criterios prohibidos, y la discriminación indirecta o impacto desproporcionado cuando una norma o política empresarial o pública neutra en su formulación tenía efectos desproporcionados sobre un grupo protegido.

Sin embargo, ya desde “Pellicori” el test adoptado resultaba incompleto. A diferencia de su origen con *McDonnell Douglas* de la Corte estadounidense, no se señaló la importancia de la posibilidad de rebatir las defensas del demandado. Ni “Pellicori” ni “Sisnero” ni “Varela” establecen la tercera parte del test, donde la actora puede demostrar que la defensa es un mero pretexto. Asimismo, en “Castillo” sobre impacto desproporcionado, no se menciona que se podrá alegar que existía una alternativa menos discriminatoria frente a una defensa de la necesidad del negocio / Estado, o que está en relación con el puesto de trabajo.

Empero, lo que es más preocupante es que tampoco se hizo suficiente hincapié en las posibles defensas dentro de estas doctrinas. Esto es lo que empieza a resolverse en el fallo “Fontana” y se lo hace del peor modo: confundiendo y estirando la defensa hasta desnaturalizar la doctrina.

La Corte debería volver sobre el tema de las defensas aceptables y comenzar a delinear con mayor rigurosidad el alcance de las defensas en ambas teorías. Así, debería establecer criterios sobre BFOQ y el alcance de la necesidad del Estado / negocio para los casos de impacto desproporcionado. Asimismo, podría avanzar en establecer criterios para probar un caso *prima facie* (si tan solo con acreditar pertenencia a un grupo protegido alcanza o si el motivo debe estar prohibido).²² Sin embargo no hizo esto en “Fontana”, sino que por el contrario trajo mayor confusión al mezclar defensas y doctrinas. Al mismo tiempo, junto con la confusión, abrió una puerta sumamente peligrosa para la supervivencia del derecho antidiscriminatorio en nuestro país.

22 Tampoco resultó del todo claro en precedente “Caminos, Graciela” del 10 de junio de 2021 (*Fallos* 344:1336), en tanto se aplicó “Sisnero” / “Pellicori” a una persona que no pertenecía a un grupo especialmente protegido. Allí se estableció que el estándar es aplicable en todos los casos de despidos discriminatorios, aun cuando la persona no pertenece a un grupo con especial protección, sin que quede claro –entonces– cómo acreditar el caso *prima facie*.