

La tutela anticipada de evidencia en el proceso laboral. Su aplicación para garantizar la reinstalación del trabajador despedido por motivos discriminatorios

Por: Carlos Antonio Turina ⁽¹⁾. Publicado en la Revista de Graduados de la Universidad Austral. Número 7. Junio 2019. Ij Editores ⁽²⁾.

I. La tutela de evidencia

1.- Introducción. Los motivos que dieron lugar a su recepción en la legislación comparada. Los mismos inconvenientes padece nuestro país

La Tutela Anticipada de Evidencia es una novedosa herramienta procesal que no se encuentra legislada en nuestro país pero si en el derecho comparado.-

Ejemplo de ello es el Nuevo Código de Proceso Civil de Brasil (NCPC) que recepta dicho instituto procesal (Tutela Anticipada de Evidencia) en el artículo 311 párrafo único ⁽³⁾.-

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata, egresado del Premaster en Profundización de la Problemática de la Empresa CUDES-Universidad Austral.-

² Este trabajo es la base de la ponencia realizada y presentada para el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal a celebrarse en la ciudad de San Juan en septiembre de 2019.-

³ **Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:**

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

¿Cuál fue el motivo esencial (aunque no único) para su inclusión dentro de la referida legislación? Agilizar la actividad jurisdiccional ante la excesiva litigiosidad y la lentitud y demora en la resolución de los conflictos presentados ante los órganos jurisprudenciales.-

Haciendo un paralelismo con los inconvenientes que vemos en la administración de justicia en nuestro país observamos que padecemos el mismo inconveniente con tribunales abarrotados de causas, tramitación de procesos lentos y penosos para los justiciables, una excesiva litigiosidad, demora en la resolución de conflictos, entre otros. Los Tribunales del fuero laboral en la Provincia de Buenos Aires no son ajenos a ello. Por ello, es indispensable otorgar una herramienta al trabajador para que el mismo pueda obtener una condena provisoria en su favor, total o parcial, sin perjuicio de que la causa luego continúe hasta la sentencia final (4).-

La primera pregunta que nos hicimos, y que dio lugar a el presente trabajo, es la siguiente:¿es aplicable esta herramienta procesal denominada Tutela Anticipada de Evidencia en el proceso laboral? ¿en que caso concreto podría aplicarse y cuales serian los fundamentos constitucionales y de orden práctico para su otorgamiento?.-

Veamos.-

2.- Concepto. Naturaleza jurídica. Aplicación del artículo 232 del CPCC. Requisitos para su otorgamiento

La profesora Silvia L Esperanza nos enseña que *“la Tutela Anticipada de Evidencia(TAE), ... es aquella que posibilita ante la evidencia de que le asistiría razón al actor pueda dictarse, previa prestación de contracautela, una condena provisoria y reversible contra el demandado”* (5).-

⁴ Conf. PEYRANO, JORGE W “LA TUTELA DE EVIDENCIA” publicada on line en www.pensamientocivil.com.ar.-

⁵ Esperanza, Silvia”UNA NUEVA HERRAMIENTA PROCESAL CONTRA EL TIEMPO: LA TUTELA AQNTICIPADA DE EVIDENCIA” publicado on line en www.juscorrientes.gov.ar.-

Ahora bien, en cuanto a su naturaleza jurídica, entendemos que la Tutela Anticipada de Evidencia es una anticipación cautelar de la tutela (6).-

Las medidas cautelares no tienen por finalidad el logro inmediato de la pretensión, sino la obtención de una protección actual e inmediata de la pretensión que impida que la sentencia se haga de cumplimiento imposible (7). La anticipación cautelar de la tutela, por otro lado, es un sistema por el cual ante el peligro en la demora y la fuerte probabilidad del derecho hace que sean atendibles las pretensiones del peticionante.-

Reiteramos, la Tutela Anticipada de Evidencia es un sistema de anticipación cautelar de la tutela y no una medida cautelar ni una tutela anticipada sustancial (como si podría ser la medida autosatisfactiva). Esto último se afirma atento a que el otorgamiento de la Tutela Anticipada de Evidencia es provisorio hasta que se resuelva la cuestión de fondo (es accesoria de un proceso principal) mientras que en la Medida Autosatisfactiva (proceso autónomo) la ley permite lograr la pretensión de manera rápida, sin necesidad de un proceso principal que le de un sostén a la misma.-

Creemos que a través del artículo 232 del código de rito (CPCCEBA y CPCCECN) el abogado litigante pueda peticionar la Tutela Anticipada de Evidencia.

“ARTÍCULO 232°: *Medidas cautelares genéricas. Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.*

Dicha norma contempla las medidas cautelares genéricas, que son aquellas que se aplican a supuestos en que no existe una cautelaridad específicamente tipificada (8).-

⁶ Falcon, Enrique Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo IV, Rubinzal Culzoni, 2011, página 809.-

⁷ FALCÓN Enrique M, ob cit Tomo IV, pag. 809.-

⁸ Falcon, ob cit Tomo IV, pág 483.-

El Profesor Falcon enseña que las medidas cautelares genéricas tienen distintas extensiones. Una de ellas es el supuesto de anticipación de la tutela (⁹).

En consecuencia, el abogado litigante puede petitionar la Tutela Anticipada de Evidencia mediante el artículo 232 del Código de rito (Nacional y Provincial). Ello es perfectamente aplicable al proceso laboral atento que los artículos 63 de la ley 11653 (Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos Aires) 89 ley 15.057 (Nuevo Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos Aires que comenzará a regir a partir del primer día hábil del mes de febrero de 2020) y 155 de la ley 18.345 (Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo) establecen que son de aplicación subsidiaria las normas del Código Procesal Civil y Comercial.-

¿Cuáles son los requisitos necesarios para la procedencia de dicha Tutela Anticipada de Evidencia? Estos requisitos serían:

1.- *Una muy fuerte verosimilitud en el derecho*: En lo que hace a esta herramienta procesal en estudio (Tutela Anticipada de Evidencia) la verosimilitud en el derecho debe estar dada por:

a.- Una jurisprudencia abundante y vinculante que defina la materia debatida.-

b.- La ocurrencia o acaecimiento de ciertas circunstancias procesales o fácticas.

Algunas de ellas serian por ejemplo:

b. 1.- Falta de contestación de la demanda en tiempo y forma por parte del demandado.-

b.2.- Falta de contestación a los telegramas laborales: Debemos recordar que el artículo 57 de la ley 20744 (LCT) establece que: *“Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.”*.-

⁹ Falcón, ob cit Tomo IV pág. 487.-

En el derecho laboral se debe tener presente que la parte que decide comunicar algo a la otra es responsable del medio elegido para transmitir la noticia. En consecuencia, si el trabajador utiliza (como es costumbre) el medio epistolar, es conveniente que se observen los siguientes recaudos:

b.2.a- Utilización de telegrama laboral (ley 23789): la importancia de utilizar el correo oficial es otorgarle a la pieza postal el carácter de instrumento público (¹⁰).-

b.2.b.- Comunicación realizada en el domicilio del establecimiento: Para la aplicación de la presunción del artículo 57 de la Ley 20744 es necesaria la efectiva recepción por parte del empleador. Sin perjuicio de ello, se aclara que si los despachos postales remitidos por el trabajador son diligenciados al domicilio del establecimiento donde presta tareas se consideran recepcionados aunque el empleador rehúse recibirlos o el domicilio estuviese cerrado.-

b.2.c.- Que el contenido del telegrama laboral sea acorde a la tutela solicitada.-

b. 3.- La presunción del artículo 39 de la ley 11653 cuando no se pone a disposición del perito de los libros de la empresa o cuando los libros no son llevados en legal forma según dictamen del perito.-

2.- Innecesariedad de contracautela: Atento a que los trabajadores cuentan con el beneficio de gratuidad no es necesario cumplir con la exigencia del requisito de contracautela cuando la Tutela Anticipada de Evidencia es peticionada por el trabajador. Los artículos 22 de la ley 11653 (ley vigente en la Pcia de Buenos Aires) y 27 de la ley 15.057 así lo indican

¹⁰ CNAT, Sala V, en autos "Peri, Carlos Alberto c/ La Boca Show SA" sentencia 75428 del 31/7/2013.-

3.- Oportunidad para su petición. Aplicación de lo establecido en el art 207 del CPCCEA. El incidente.

Creemos que la Tutela Anticipada de Evidencia puede ser solicitada y otorgada con antelación a la interposición de la demanda (por ejemplo, ante telegramas laborales recepcionados e incontestados por el empleador).-

Para este supuesto es aplicable el plazo de caducidad establecido en el artículo 207 del código de rito ya que la finalidad del Instituto procesal en estudio es que el peticionante (en este caso el trabajador) obtenga una condena provisoria en su favor, total o parcial, sin perjuicio de que la causa luego continúe hasta la sentencia final.

Asimismo, coincidimos con la doctrina que es necesario el traslado previo a fin de que el demandado tenga "su día en la Corte" ⁽¹¹⁾.-

Ahora bien, si la Tutela Anticipada de Evidencia es peticionada con posterioridad a la interposición de demanda el medio idóneo para solicitarla es el incidente.-

Esta "diminuta litis" ⁽¹²⁾ ha sido definido por la doctrina como toda cuestión que se inserta en un pleito y que tiene relación con el objeto principal del mismo, por medio de una vinculación accesoria, o de continencia ⁽¹³⁾.-

Al momento de preparar la demanda incidental debemos tener en cuenta que es necesario adjuntar el o los precedentes jurisprudenciales citados. Aquí conviene realizar las aclaraciones respecto a que las circunstancias fácticas de nuestro caso son similares al referido en la jurisprudencia. Como indica la profesora Esperanza en el artículo citado es necesaria la demostración "que lo peticionado es evidente y por lo tanto lleva razón en su petición" ⁽¹⁴⁾.-

También es conveniente que en la demanda incidental se informe al tribunal actuante que se han producido o han acaecido algunas de las circunstancias

¹¹ cita que realiza PEYRANO en la obra citada perteneciendo dicha expresión a Couture Eduardo J Estudios de Derecho Procesal, t 1, edic.1978).-

¹² al decir de Aldo Bacre en Teoría General del Proceso, Tomo II, AbeledoPerrot, 1996, pág. 548.-

¹³ Falcon, Enrique M ob cit, Tomo I, pág 699 quien cita a Chiappini, Julio Concepto y clases de incidentes en JS 1984-I-745.-

¹⁴ ESPERANZA SILVIA ob. cit.-

mencionadas en el punto 2. Asimismo, se debe adjuntar toda la documentación que acredite estos extremos.-

4.- Aplicación a un caso concreto: La Tutela Anticipada de Evidencia como herramienta útil para garantizar la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo ante el despido por motivos discriminatorios

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que:

Artículo 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ... protección contra el despido arbitrario...”.-

En consonancia con esa norma constitucional las leyes garantizan esa protección contra el despido arbitrario a través de la estabilidad.-

La estabilidad en el empleo es el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea a por tiempo determinado o indeterminado ⁽¹⁵⁾.-

Para los trabajadores en el ámbito privado la estabilidad es impropia, es decir, no se garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico pero si una indemnización en caso de despido sin causa (la cual se encuentra tarifada). Una excepción a dicha regla se observa en el artículo 52 de la ley 23.551 la cual contempla la estabilidad propia relativa de los representantes gremiales (quien pueden solicitar la reinstalación o peticionar una indemnización agravada).-

La interpretación tradicional de la estabilidad impropia debió ser revisada ante las nuevas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales de la garantía de protección contra el despido arbitrario cuando detrás de dicho despido hay un acto de discriminación.-

Ello se hizo palpable con el caso “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud” ⁽¹⁶⁾ en el cual la CSJN admitió la reincorporación de un trabajador víctima de un despido discriminatorio.-

¹⁵ Grisolí, Julio Armando “MANUAL DE DERECHO LABORAL” Ed. 2016 Abeledo Perrot, pág. 611.-

¹⁶ Fallo de la CSJN del 7/12/2010.-

El recurso del despido articulado en el artículo 245 de la Ley 20744 (y sus modificatorias) el cual es libre, espontáneo y tarifado, sufrió limitaciones una de las cuales es la readmisión de trabajadores que han sido despedidos (aun cuando hayan sido despidos “sin causa”) cuando detrás de dicha extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador los verdaderos motivos son de enfermedad, sexo, ideologías, nacionalidad, discapacidad, embarazo, matrimonio y actividad gremial del trabajador (sin que ellos sean los representantes gremiales) entre otros. Ante este caso el trabajador despedido por motivos discriminatorios que solicita su reinstalación a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones adeudadas encuentra en la Tutela Anticipada de Evidencia una herramienta útil para obtener una condena provisoria en su favor, total o parcial, sin tener que esperar años por una sentencia favorable.-

2.- Fundamento constitucionales y de orden práctico.-

Los fundamentos constitucionales para petitionar a través de la Tutela Anticipada de Evidencia la reinstalación del trabajador despedido por motivos discriminatorios son:

1.- *La no discriminación integra el Jus cogens*: Cesar Arese ⁽¹⁷⁾ nos recuerda que la definición de Jus Cogens aparece en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los Tratados. Dicha norma manifiesta que: *“Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho Internacional general (jus cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración este en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por un a norma ulterior de derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”*. Cancado Triundade ⁽¹⁸⁾ afirma

¹⁷ Arese, Cesar “ DERECHOS HUMANOS LABORALES” Teoria y práctica de un nuevo Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 46.-

¹⁸ citado por Arese, Cesar, ob. Cit., pág 49.-

que “el jus cogens es una categoría abierta que se expande en la medida que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo derecho).-

La no discriminación pertenece al jus cogens. Este es el criterio de la CSJN en el considerando 7 del fallo “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud” y de la Cor. IDH en la opinión consultiva nro. 18 del 17/9/2003.-

2.- *El acceso a la tutela judicial efectiva laboral:* El acceso a la tutela judicial efectiva es una garantía ciudadana y comprende también a los trabajadores en su vinculación contractual dependiente. Esa garantía se extiende al derecho de los trabajadores a un proceso que tramite en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (artículo 18 de la CN).-

3.- *La garantía de la protección contra el despido arbitrario* (artículo 14 bis CN).-

4.- *El derecho al trabajo* (artículo 14, 75 inc 22 de la CN).-

5.- *La procedencia de la acción de readmisión o reinstalación al puesto de trabajo* (art 75 inc 22 de la CN; El Protocolo de San Salvador ratificado por Argentina el 23-10-2003, ley 23.592, la CSJN “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud” entre otros fallos, Convenio nro. 158 OIT, etc).-

Los fundamentos de orden práctico para la utilización de la Tutela Anticipada de Evidencia para lograr la reinstalación del trabajador despedido por motivos discriminatorios son:

1.- Permitir que el trabajador continúe prestando tareas y percibiendo en consecuencia su remuneración (para el sustento de él y de su grupo familiar) durante todo el tiempo que dure el proceso.-

2.- Permitir que el trabajador y su grupo familiar sigan contando con la cobertura de salud por Obra Social hasta el dictado de la sentencia definitiva.-

3.- Evitar un perjuicio para la empresa empleadora que podría implicar su cierre (y con ella la pérdida de la fuente de trabajo de otros trabajadores) ya que ante el hipotético caso que la justicia ordene la reinstalación del trabajador luego de varios años de tramitación de un proceso se deberán abonar las remuneraciones respectivas y realizar los aportes y contribuciones de ley.-

5. CONCLUSIONES:

La Tutela de Evidencia puede ser aplicable al proceso laboral bajo las condiciones

mencionadas en el presente trabajo.-

Asimismo, comulgamos con la Profesora Esperanza quien afirma que “La garantía constitucional de acceso a la justicia, y tutela judicial efectiva implican el estudio de variadas y nuevas figuras, estamos en presencia de una de ellas la Tutela anticipada de evidencia que es una herramienta para la aceleración de los tiempos en el proceso, además de brindar respuestas modernas a las cuestiones presentes”.-