

Derecho del Trabajo

AÑO 1 NÚMERO 2

Trabajo no registrado I
Delitos en la contratación laboral

Directores: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 2

Derecho del Trabajo

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA

JURÍDICO LEGAL

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-8074

Revista Derecho del Trabajo

Año I - N° 2 - Septiembre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho del Trabajo y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución Gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Directores

Victoria Cosentino - Leandro Recalde

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Álvarez

Mauricio César Arese

Enrique Arias Gibert

César Bechetti

Rodolfo Capón Filas

Graciela Cipolletta

Luisa Contino

Graciela L. Craig

Horacio De la Fuente

Jorge Elías

Juan Carlos Fernández Madrid

Daniel Machado

Oscar Massei

Susana Medina

Mónica Palomino

Victoria Pérez Tognola

Ana María Salas

Claudia Salvatierra

Ricardo Francisco Seco

Carlos Alberto Toselli

Gabriel Tosto

Editorial

Con gran satisfacción venimos a presentar el segundo número de la revista de Derecho del Trabajo de Infojus, el Sistema Argentino de Información Jurídica público y gratuito, que se inscribe en el marco de las políticas estatales tendientes a la igualdad y la inserción social.

La repercusión obtenida con el primer número, que fue recibido con gran entusiasmo en los diversos puntos del país, constituye un fuerte estímulo para continuar desarrollando el trabajo hasta ahora realizado con afán de perfeccionarlo e ir logrando paulatinamente una participación cada vez mayor. Ello a fin de contribuir con sentido democrático a la comprensión y construcción de un derecho social, como lo es el Derecho del Trabajo, que sirva para afianzar ese bien intrínseco que es la justicia social, cuyo cumplimiento por mandato constitucional, el pueblo argentino ha encomendado a todos los poderes del Estado.

En este número se buscó dar tratamiento a lo que en hipótesis se planteó como una de las problemáticas más severas en el ámbito de las relaciones laborales: la clandestinidad total y parcial del contrato de trabajo y sus efectos distorsivos.

Éramos conscientes, desde el inicio de esa búsqueda, que este número, habida cuenta de la cuestión que se sometería a estudio, debía ser tratado con un enfoque amplio y pluridisciplinario para que se pudiera apreciar más cabalmente la incidencia de la clandestinidad laboral y así poder —mancomunadamente— intentar descubrir los medios necesarios para identificar, controlar, combatir, sancionar y finalmente erradicar este mal que aqueja desde hace muchos años a nuestra nación.

Con esta óptica, planteamos la temática desde la Dirección hacia el Consejo Académico —integrado por prestigiosos profesionales representantes de las distintas regiones que componen nuestro territorio federal— expectantes de la respuesta que pudiéramos obtener. La repercusión en algún punto fue sorpresiva y nos llevó a identificar dos grandes subtemas

que componen en lo sustancial esta nueva publicación que por necesidades editoriales se verá dividida en dos volúmenes. El primero de ellos, relacionado con las más graves formas de trabajo clandestino y que se vinculan con la explotación del trabajo infantil y adolescente, la trata de personas con fines de su explotación como mano de obra y el trabajo forzoso; y la segunda que la hemos enmarcado dentro de un análisis sobre la Ley Nacional de Empleo, 24.013, durante sus veinte años de vigencia.

Una de las situaciones que advertimos es que, frente al flagelo de la clandestinidad laboral, el Estado Nacional ha concentrado buena parte de sus esfuerzos en combatirla con una visión amplia, mediante el estímulo a la participación de los sujetos colectivos, el control, la sanción y la reeducación. Pero, a la vez, notamos que los avances logrados en las relaciones de trabajo son todavía insuficientes y la gravedad de la problemática nos exige, como sociedad, intensificar la ardua tarea desde los distintos lugares de trabajo.

En esa inteligencia, este número pretende ser un aporte para la clarificación de algunas cuestiones que permita seguir avanzando hasta que el trabajo digno sea una realidad efectiva de la que puedan gozar todas y cada unas de las personas que habiten en suelo argentino.

Los directores

Índice General

Doctrina p. I

Las multas en el contrato de trabajo.
por ENRIQUE N. ARIAS GIBERT p. 3

Trabajo no registrado: un abordaje desde la negociación colectiva.
por GUIDO AROCCO y MAGALÍ TROYA p. 25

Trabajo sin registrar y una nueva alternativa: la acción de cumplimiento del contrato y el principio de estabilidad real.
por CÉSAR BECHETTI y JUAN C. LOMBARDI..... p. 49

Trabajo clandestino como virus cultural.
por LUISA G. CONTINO p. 83

El trabajo esclavo.
por M. CECILIA HOCKL..... p. 103

El trabajo informal. Su impacto en el financiamiento de la Seguridad Social.
por ADRIANA A. MICALE p. 135

El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la
registración del contrato de trabajo.
por JUAN I. ORSINI p. 151

El seguro de desempleo.
por JAVIER B. PICONE p. 183

La inspección laboral en el ámbito rural. Los nuevos paradigmas legales exigen nuevas
estrategias fiscalizadoras.
por ÁLVARO D. RUIZ y ALEJANDRO SENYK p. 195

INDICE GENERAL

Trabajo infantil: un punto de partida en la tipificación de los delitos sociales.
por ANDREA RUS y ANA M. SALAS p. 209

Las pasantías: uno de los ropajes bajo los cuales se puede ocultar una relación laboral.
por RICARDO FRANCISCO SECO p. 237

Proyectos legislativos p. 259

Proyecto de ley sobre Delitos contra la libertad individual y trabajo de menores de
edad p. 261

Comisiones de legislación penal, de legislación del trabajo y de familia, mujer, niñez
y adolescencia p. 262

Antecedentes p. 273

Dictamen de Aprobación..... p. 276

Texto Ordenado p. 281

Fuentes citadas p. 283

Índice Temático p. 289

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

Las multas en el contrato de trabajo

por **ENRIQUE N. ARIAS GIBERT**⁽¹⁾

I | Multas e indemnizaciones

Las denominadas indemnizaciones de los artículos 8, 9, 10 y 15 de la Ley Nacional de Empleo, 80 LCT y 1 y 2 de la ley 25.323, constituyen (junto a la multa del artículo 132 bis LCT, denominada sanción conminatoria) un grupo de normas que, a diferencia de las acciones resarcitorias que reparan el daño real o presunto (las denominadas cláusulas penales que importan una indemnización tarifada del daño abstractamente considerado) agreden directamente el patrimonio del deudor teniendo como precedente un hecho ilícito legalmente tipificado. La determinación de la naturaleza jurídica⁽²⁾ de las normas en cuestión va a permitir entender sus condiciones

.....

(1) Abogado (UNC), Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP), Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ex Juez Nacional del Trabajo, ex Juez del Trabajo de la Provincia de Catamarca, ex Director de la Dirección Provincial del Trabajo, ex Coordinador Académico de la carrera de Derecho de la Universidad Popular de Madres de Plaza de Mayo. Docente UBA y UMPM. Ex docente de posgrado UNLP y UBA.

(2) El propio Hans Kelsen encabeza su Teoría General del Derecho y del Estado (México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 3) con la siguiente afirmación: “El derecho es un orden de la conducta humana. Un orden es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho” (el resaltado es del original).

de validez constitucional y los presupuestos que operan para su funcionamiento adecuado.

No se pretende que las normas positivas tengan una naturaleza etérea o metafísica, como procuran indicar algunos positivistas *avant la lettre*, que se rasgan las vestiduras apenas escuchan el término “Naturaleza jurídica”, sino simplemente afirmar que la comprensión sistemática de la norma sólo puede hacerse concibiendo el derecho como totalidad, como un sistema coordinado y jerarquizado, en el que cada norma individual es modalizada e integrada por el resto de las normas que componen el ordenamiento.

Afirmar de una norma que posee una determinada naturaleza jurídica, implica incluirla dentro de un conjunto más general de preceptos jurídicos que han sido, a su vez, objeto de regulación supra-legal o de tratamiento doctrinario más profundo que permite acceder a una mayor (cuantitativa) y mejor (cualitativa) comprensión de su contenido y alcance. Como se ha señalado, el legislador las ha denominado “indemnizaciones”. Del mismo modo que la rosa no está en el nombre de la rosa, el “*nomen juris*” no define la naturaleza jurídica de una norma sino la sustancia de conductas humanas regladas, el bien jurídico tutelado y el tipo de mandato y consecuencia jurídica.

1.1 | La función resarcitoria

Las indemnizaciones son reparaciones de daños. Como tales presuponen: 1) un hecho humano; 2) antijurídico (desde el origen o por sus consecuencias, como en el supuesto de actividad riesgosa); 3) a través de un nexo de causalidad adecuado (adecuación fáctica); 4) al factor de atribución utilizado para la imputación del hecho (adecuación jurídica); 5) que ha menoscabado la esfera patrimonial o moral del sujeto dañado. Las acciones resarcitorias pretenden colocar las cosas en el estado anterior al hecho antijurídico.

El daño es tan consustancial a la indemnización como lo es la culpa a la pena. Ahora bien, la cuantía del daño puede quedar sometida a la justipreciación judicial o ser tarifada por acuerdo de partes (cláusula penal) o por disposición del legislador (indemnización forfataria), pero el presupuesto de toda indemnización es la existencia de un daño.

Así, la ruptura de la relación de trabajo implica no sólo un hecho antijurídico (Justo López lo caracteriza como un hecho válido pero ilícito), sino la existencia de un daño emergente de la pérdida de la antigüedad, concepto que engloba aspectos patrimoniales y morales tales como la pérdida de un grupo de pertenencia: el colectivo de trabajadores que integra la institución empresa⁽³⁾.

En los casos de indemnización tarifada, la falta de necesidad de acreditar la cuantía del daño no puede confundirse con la existencia de daño. Así, por ejemplo, la supresión de las indemnizaciones tarifadas, no traería como consecuencia un “*bill* de indemnidad para dañar”, sino la justipreciación caso por caso de los daños irrogados, con su carga de imprevisibilidad económica para las empresas y un aumento del costo del servicio de justicia⁽⁴⁾.

Ello es así por cuanto la reparación del daño tiene siempre raigambre constitucional. Podrán analizarse alternativas diversas para la reparación del daño, pero no podrá suprimirse ésta. Al menos, bajo el actual régimen constitucional. “La conclusión se hace ostensible teniendo en cuenta la alta jerarquía normativa que se debe atribuir a la garantía de indemnidad, ya que el hecho dañoso implica siempre infracción constitucional”⁽⁵⁾.

Ello es así por cuanto: a) “el deber de indemnización reglamentado en el Código Civil no implica sino la consagración del postulado general que según lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación echa raíces en el propio art. 19 de la Constitución Nacional, al prohibir a los hombres

(3) Con referencia a las distintas teorías respecto del daño indemnizado por la tarifa puede consultarse de ARIAS GIBERT, ENRIQUE: “Reparación Extraforfataria en el Derecho del Trabajo”. en *Derecho Laboral*, Junio de 1990 y “La indemnización por despido incausado”, *Libro de ponencias del VIII Congreso Internacional De Política Social, Laboral y Previsional (FAES)*, p. 189 y ss. Buenos Aires, 1996.

(4) En forma coincidente se expresa López, Justo “La protección contra el despido arbitrario: La indemnización por antigüedad, su constitucionalidad y determinación, validez de otros sistemas alternativos”, en Libro de ponencias del VIII Congreso Internacional De Política Social, Laboral y Previsional (FAES), op. cit. Sin analizar la naturaleza del poder del legislador, pero estableciendo el límite de la razonabilidad: ONAINDIA, JOSÉ MIGUEL, “La protección constitucional contra el despido arbitrario”, en *Libro de ponencias del VIII Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional (FAES)*, op. cit., pp. 148 y ss.; y CAPÓN FILAS, RODOLFO “Lectura sistémica del convenio 158 de la OIT”, en Libro de ponencias del VIII Congreso Internacional De Política Social, Laboral y Previsional (FAES), op. cit., pp. 200 y ss.

(5) STIGLITZ, GABRIEL A, *Daños y Perjuicios*, Ed. La Rocca, Bs. As., 1987, p. 52.

perjudicar los derechos de un tercero. Esto es, la regla del *alterum non laedere*, de raigambre constitucional⁽⁶⁾; b) “la reparación del daño constituye la puesta en marcha de una garantía de un derecho constitucional. Que ésta tramite procesalmente por vías ordinarias no hace cesar su función de garantía del derecho de propiedad en sentido constitucional (art. 17 CN) o de los derechos de la personalidad (derecho innominado de raigambre constitucional emergente de la forma republicana de Gobierno”; c) “en el caso particular de la indemnización por despido, si el artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece la protección contra el despido arbitrario no puede interpretarse que el legislador puede desproteger contra el acto específicamente considerado disvalioso por el constituyente”⁽⁷⁾.

1.2 | Las sanciones punitorias y las prestaciones que emergen de la seguridad social

Las obligaciones pueden ser calificadas según su fuente formal, como lo hace el Código de Vélez al dividir las obligaciones en dos grandes grupos: las que nacen de los actos ilícitos (art. 1066 a 1136) y las obligaciones que nacen de otras fuentes (art. 495 a 895), mal llamada responsabilidad contractual, como se ocupa de señalar Vélez en las notas a las secciones donde cada uno de estos tipos de obligaciones es tratada.

Sin embargo, lo que a veces se suele ignorar a su sombra es la clasificación de las obligaciones según su fuente material. La falta de análisis de estos dos criterios de clasificación de las obligaciones llevó a realizar afirmaciones por parte de la jurisprudencia que redundaron en una virtual confiscación de bienes de los trabajadores que habían suscripto los denominados fondos de compensación de jubilaciones durante la infausta década del '90. En efecto, al disolverse los fondos de compensación, se solía negar el carácter contractual de las obligaciones asumidas (criterio de clasificación conforme la causa formal) afirmando que ellas obedecían a la Seguridad Social (criterio de clasificación de obligaciones conforme la causa mate-

(6) Loc. Cit.

(7) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Bs. As., Ed. La Ley, 1992, tomo I, p. 330, dice: “La norma constitucional es siempre condición negativa de validez de las leyes que se oponen a sus principios. La norma constitucional programática no obliga al Estado a legislar pero si lo hace, el legislador ordinario debe cumplir fielmente el mandato constitucional”.

rial). Con el criterio de la jurisprudencia laboral mayoritaria, las obligaciones de la seguridad social pasaban a ser una especie de no-obligaciones sin fuerza vinculante para el deudor de la prestación⁽⁸⁾.

Adviértase que no se trata de la creación de obligaciones (como por ejemplo, alterar judicialmente el contenido de la obligación so color de razones de justicia o compasión) sino de exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. También en el Régimen de Contrato de Trabajo existen obligaciones de seguridad social que tienen como causa directa la existencia del contrato de trabajo (por ejemplo, las prestaciones de los art. 208 y 212, párr. 4, LCT). Lo mismo sucede en la Ley de Riesgos de Trabajo (LRT) respecto del accidente *in itinere*. Su condición de obligación de seguridad social no excluye la legitimidad de la acción destinada al cumplimiento de la obligación establecida por la ley o el contrato. Es que los dos criterios de clasificación permiten el entrecruzamiento de ambas categorías.

Mientras el proyecto de reforma del Código Civil tiende a la desaparición de la utilidad práctica de la clasificación de las obligaciones conforme su causa formal, la distinción entre las causas materiales de la obligación mantienen su importancia en la medida que las condiciones de validez de los distintos tipos de obligación tienen vinculación con las normas constitucionales que las imponen o ponen condiciones de validez.

Así, mientras las obligaciones resarcitorias encuentran su fundamento en la norma del art. 17 de la Constitución Nacional pues pretenden una composición del patrimonio del sujeto sea por efecto del incumplimiento del deudor de una obligación comprometida por un acto jurídico, sea por la comisión de un hecho ilícito. Su objeto es la restitución del patrimonio y, por tanto, afecta la propiedad tanto la indemnización excesiva (por afectar el patrimonio del deudor) como la indemnización insuficiente (por afectar el patrimonio del acreedor. Por tanto, la condición de

(8) Empleadores y trabajadores durante las décadas de los años '60 y '70 del siglo pasado pactaron la creación de un fondo compensatorio de jubilaciones mediante el aporte de trabajadores activos y empresas. Al ser sometidas estas empresas al régimen de privatización por decisiones empresarias fueron suprimidos los fondos comensadores, por lo que los trabajadores accionaron peticionando: 1. La realización de las prestaciones comprometidas o, en su caso 2. Los daños y perjuicios emergentes del incumplimiento de la obligación. Los reclamos fueron rechazados con el argumento de que se trataba de prestaciones de seguridad social.

posibilidad de una obligación resarcitoria es la existencia de un daño antijurídico. Por el contrario, no es necesario para que este tipo de obligaciones sean válidas que exista culpabilidad. De hecho, en la mayor parte de los supuestos de resarcimiento se responde por causas objetivas. El efecto de la obligación de causa resarcitoria es extinguir la obligación que le dio origen. La indemnización no crea una nueva obligación sino que repara el efecto dañoso del incumplimiento de una obligación o de un deber legal.

Las obligaciones de causa punitoria, por el contrario, producen necesariamente una agresión al patrimonio del deudor —lo que implicaría la inconstitucionalidad si su causa fuera resarcitoria— que encuentra su límite en las dos condiciones que impone el régimen constitucional para el ejercicio válido de la punición en un sistema republicano: *Nulla poena sine lege* y *nulla poena sine culpa*. Al contrario que las obligaciones resarcitorias, la existencia de daño es indiferente. Obsérvese que las obligaciones punitorias no sustituyen la obligación originaria (que sigue siendo debida) sino que crean una obligación nueva.

Las obligaciones que tienen origen en la Seguridad Social, por su parte, se diferencian de las dos anteriores por la inexistencia de autoría como elemento necesario de su constitución. En el 212, párr. 4, por ejemplo, el empleador no es autor de la incapacidad absoluta del trabajador. Es una obligación típicamente de la Seguridad Social, lo mismo que las contingencias sociales de vejez o de enfermedad. Obviamente al no existir o ser indiferente la autoría, el factor de atribución es necesariamente objetivo, sea por previsión de la ley o por previsión contractual. Es necesaria la aparición de un daño, pero del daño como contingencia social, no como daño injusto. En este sentido, es erróneo considerar a los accidentes de trabajo como si fueran prestaciones de la seguridad Social. Con excepción del accidente *in itinere*, se resarce un daño injusto por un factor de atribución especial establecido en la LRT, pero no es una obligación de Seguridad Social. Entre el daño y quien deba responder no hay ningún tipo de vinculación. Y lo que aparece acá como indiferente es la antijuridicidad. Puede ser antijurídico que un trabajador quede incapacitado por un accidente pero esto no quita que el empleador no deba responder por el artículo 212, párr. 4. La contingencia social es indiferente a la antijuridicidad del hecho que lo causa y crea una nueva obligación igual

que las obligaciones que tienen causa punitoria. Su fundamento está en la reparación de la contingencia social contemplada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Esto se puede resumir con el siguiente cuadro que analiza las causas materiales de la obligación:

TABLA 1

Causa Resarcitoria	Causa Punitoria	Causa de Seguridad Social
Factor de atribución objetivo o subjetivo	Factor de atribución subjetivo	Factor de atribución objetivo
Necesidad del daño	Indiferencia respecto del daño	Contingencia dañosa
Antijuridicidad (ex ante o ex post)	Antijuridicidad ex ante (pena y legalidad)	Indiferencia de la antijuridicidad
Reemplaza una obligación preexistente (es siempre sustitutiva)	No reemplaza sino que crea una nueva obligación	Crea una nueva obligación. Puede repetirse del responsable de la acción resarcitoria
Propiedad (art. 17 CN)	Culpa y sanción (art. 18 CN)	Reparación de contingencia social (art. 14 bis CN)
Autoría	Autoría	No hay autoría

Debe señalarse también que en las obligaciones que emergen de los actos jurídicos la causa de la obligación es el título mismo y no pueden ser confundidas con las obligaciones resarcitorias que presuponen un ilícito *lato sensu* (incumplimiento contractual o ilícito *stricto sensu*).

1.3 | Por qué las denominadas indemnizaciones son sanciones punitorias

Si bien es cierto que la clandestinidad de las relaciones laborales afecta al trabajador dañando tantos sus intereses patrimoniales como morales,

estos aspectos, en su gran mayoría, han sido receptados judicialmente con anterioridad a la vigencia de la ley. De la sistemática del ordenamiento jurídico no puede concluirse que estas “indemnizaciones” sean la tarifa del daño producido por la clandestinidad o por los distintos supuestos establecidos por las normas en análisis.

En efecto, de ser así, el pago de las “indemnizaciones” de la ley de empleo o de la prestación del art. 1 de la ley 25.323 subsumiría las acciones de cumplimiento de la obligación de registrar adecuadamente la relación laboral, de reintegro de los gastos de enfermedad emergentes de la falta de cobertura de Obra Social, de resarcimiento de la falta de pago de asignaciones familiares y, en general, de todas aquellas acciones emergentes de la no-asunción por parte del empleador de su cargo de iniciativa (art. 79 LCT).

La “indemnización por falta de entrega de Certificado de Trabajo en los términos del art. 80 LCT sustituiría la entrega de la documentación. El pago de la multa del artículo 2 de la ley 25.323, que pune la mora en el pago de las indemnizaciones de los art. 232, 233 y 245 LCT, supliría los intereses que devenga la falta de pago en término de esas indemnizaciones. La sanción que mejor demuestra el carácter no sustitutivo de estas indemnizaciones es la del artículo 132 bis LCT pues el cese de la indemnización está vinculado al cumplimiento de la obligación originaria.

Por otra parte, si estas normas fueran efectivamente indemnizaciones, no tendría sentido la intimación previa que muchas de ellas prevén. El requisito de intimación previa sería como lo señalara Capón Filas, inconstitucional ya que el daño existente no es dependiente de intimación alguna ni se podría dejar sin efecto el daño ya producido por una conducta posterior del empleador, como es la eximente de las multas de los art. 8 a 10 Ley Nacioanl de Empleo (LNE) por cumplimiento del registro dentro de los treinta días de la intimación.

Finalmente, la admisibilidad del error de hecho como eximente parcial o total de las “indemnizaciones” es incompatible con cualquier régimen de carácter resarcitorio (artículos 20 y 924 Cód. Civil), pero admisible ante la incriminación de carácter penal. El sistema regulado por la ley 24.013 par-

típica de todas las características del sistema penal clásico, incluidos los métodos para la individualización de la pena⁽⁹⁾.

Por otra parte, si las “indemnizaciones” tuvieran en cuenta solamente el estado de zozobra en que coloca al trabajador clandestinizado, el 25% de las remuneraciones no registradas parece un precio demasiado alto a pagar por el empleador y, en tanto resarcimiento, irrazonable. Del mismo modo que no es admisible que el legislador convierta en ilusoria la compensación tarifada por el daño causado con la ruptura del vínculo, tampoco es admisible que por un daño menor se establezca una tarifa exorbitante. En ambos casos entra en juego el art. 17 de la CN⁽¹⁰⁾. Es que las normas en estudio no tienen en cuenta el daño sino la conducta del empleador. Son multas cuya función no es compensar el daño sino castigar y prevenir conductas típicas subjetivamente reprochables.

Toda la inteligencia de las normas en tratamiento impone esta conclusión. En efecto, ello se puede observar al puntualizarse los siguientes aspectos sobre los que volveremos más adelante: 1) al establecer la ley en sus art. 8, 9 y 10 que el importe de la “indemnización” será equivalente al 25% de las remuneraciones devengadas no registradas durante toda la relación labo-

(9) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 1995, pp. 98/107, analiza las reglas del castigo en la concepción clásica del derecho penal sistematizándolas en: a) Regla de la cantidad mínima: Se comete un crimen porque procura ventajas. Si se vinculara la idea del crimen a la idea de una desventaja un poco mayor, la idea del crimen dejaría de ser deseable; b) Regla de la idealidad suficiente: Si el motivo de un delito es la ventaja que de él se representa, la eficacia de la pena está en la desventaja que de él se espera; c) Regla de los efectos laterales: La pena debe obtener sus efectos más intensos en aquellos que no han cometido la falta, que deben figurarse la posibilidad de castigo; d) Regla de la certidumbre absoluta: Es preciso que entre el delito la pena exista la idea de un vínculo necesario que nada pueda romper (la recompensa al denunciante fortifica la idea de la inexorabilidad de la sanción); e) Regla de la especificación óptima: Se pretende que la naturaleza de la pena se ajuste a la naturaleza del delito, individualizándola respecto de las conductas de cada infractor.

(10) “La Corte de Casación Francesa en fallo del 22 de Octubre de 1982 (*Labbé et autres*) ha sostenido que el binomio irresponsabilidad más ausencia de reparación es contrario a la Constitución Francesa y que el Estado sólo puede establecer cláusulas de irresponsabilidad más ausencia de reparación es contrario a la Constitución Francesa y que Estado sólo puede establecer cláusulas de irresponsabilidad para sujetos o hechos determinados a condición de prever para las víctimas del daño otro sistema de reparación: “ En ciertas materias, el legislador ha instituido regímenes de reparación que derogan parcialmente el principio según el cual todo el hombre que cause un daño a otro por la propia falta está obligado a repararlo. En estos casos, en reemplazo o junto con el autor del daño se cita la responsabilidad en garantía de otra persona física o moral. Pero lo que es inadmisibles es que el daño sufrido por la víctima permanezca sin ser indemnizado”.

ral con un tope temporal de dos años antes de la entrada en vigencia de la ley (art. 11, párr. 3), sin modificar el plazo de prescripción establecido en el LCT; 2) al condicionar su procedencia a la contumacia del empleador re-nuente ante el reclamo del trabajador (art. 11 LNE); 3) al admitir la posibi-lidad de rectificación dentro de los treinta días de practicada la intimación (art. 11, párr. 2, última parte); 4) al admitir el error de hecho como eximente parcial de la “indemnización” (art. 16). De modo similar puede observarse la contumacia exigida por los art. 2 de la ley 25.323, 80 LCT y 132 bis LCT.

1.4 | Consecuencias emergentes de la naturaleza jurídica

Todos los aspectos reseñados resultan incompatibles con la posibilidad de atribuir a las prestaciones en tratamiento naturaleza indemnizatoria, ya que su objeto no es resarcir el daño irrogado sino punir la conducta típicamente antisocial del agente que incumple el mandato legal. La de-terminación de la naturaleza jurídica de las prestaciones en tratamiento tiene influencia tanto sobre la hermenéutica interna de las normas como sobre el inicio del plazo de prescripción, la transmisión a los sucesores y la admisibilidad del error del agente.

1.4.1. El inicio del plazo de la prescripción

De considerarse estas prestaciones como de causa resarcitoria, si bien antes del incumplimiento de la interpelación la “indemnización” no sería exigible, por lo cual aparentemente no se extinguiría la acción para reclamarla, ello no puede hacer olvidar que los daños que servirían de sustento al hipotético reclamo indemnizatorio se habrían consolidado al momento de la clandestinización total o parcial de la relación de trabajo.

En esta inteligencia, si bien el reclamo está condicionado a una previa intimación, no dejarían de ser daños emergentes de la relación de trabajo cuya acción para reclamarlos prescribe a los dos años. Considerar la falta de intimación como un impedimento en los términos del art. 3980 del Cód. Civ. es un despropósito, ya que desde el momento de tomar conoci-miento de la clandestinidad el trabajador se encuentra en condiciones de efectuar la intimación del art. 11 LNE. Esta es en resumen la posición que sostuvo Eduardo Álvarez respecto de la prescripción liberatoria respecto

de las multas de los art. 8 a 10 LNE, postura que tuvo recepción en algunos fallos aislados de la CNAT en su anterior integración. Un argumento similar podría plantearse con respecto a la prestación que emerge del art. 132 bis LCT si el incumplimiento dura más de dos años de finalizada la relación laboral.

En realidad, al tratarse de multas, no hay daño que analizar pues el plazo de prescripción empieza a correr desde el momento en que se produce el presupuesto normativo. Y este presupuesto normativo se produce por la interpelación requerida por la mayoría de las normas o por el cese de la relación laboral en los supuestos de los art. 1 de la ley 25.323 y 15 LNE.

1.4.2. Admisibilidad del error de hecho

El error de hecho puede excluir los factores subjetivos de atribución, pero no excluiría el daño que emerge del incumplimiento objetivo de la obligación (en las obligaciones surgidas de los actos jurídicos, a menos que se trate de obligaciones de medio, la culpa es indiferente para la atribución del daño pues la causa de la obligación es el título). Si las prestaciones que nos ocupan fueran indemnizatorias le asistirían razón a Capón Filas cuando considera inconstitucionales las normas de los art. 11, 12 y 16 LNE por afectar la propiedad (en el sentido constitucional) del damnificado⁽¹¹⁾.

En definitiva, las prestaciones a que nos referimos, no son indemnizaciones porque no tienen en cuenta el daño sino la culpabilidad del agente inculpatado de la conducta reputada ilícita. Son multas que, sobre la

(11) CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Ley de Empleo*, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, pp. 40/49, especialmente los parágrafos 46 y 61. "Si dentro del plazo de treinta días corridos el empleador soluciona la clandestinidad, queda liberado de la indemnización. Esta liberación se opone a la Constitución Nacional tanto en lo que refiere a la propiedad privada del trabajador afectado como en lo que respecta a la protección del Mundo del Trabajo, razón por la cual contradice los artículos 14 y 14 bis. Violenta la propiedad privada porque la indemnización a percibir es consecuencia de la clandestinidad cometida en el pasado. El único sujeto que podría condonar la deuda sería el afectado, si no tuviera impedida tal conducta por el principio de irrenunciabilidad. No se advierte la razón que legitimaría la introducción confiscatoria de la norma en la esfera privada del afectado".

base del elemento subjetivo del obrar antijurídico del agente, aplican una pena⁽¹²⁾.

No empee a esta calificación que la multa sea percibida por un sujeto distinto del Estado, ya que ello obedece a razones de política legislativa que se justifican por sí solas ya que si fuera el Estado el beneficiario de las multas, no se obtendría ninguno de los fines que el ordenamiento penal persigue: a) la prescripción y prevención de las conductas reputadas nocivas y; b) el castigo a quien, con culpa o dolo, hubiere incurrido en las conductas previstas por el tipo.

Que sea el trabajador quien percibe las multas no implica enriquecimiento sin causa, puesto que el enriquecimiento sin causa es el enriquecimiento que obedece a causa torpe, que carece de causa fuente. En el caso de las multas de la ley de empleo, la causa fuente es la ley.

Ello, por supuesto, no obsta a la competencia de los tribunales del trabajo, materia de legislación local, ya que en la mayoría de los ordenamientos procesales de los Estados que integran la República la competencia de los tribunales laborales está atribuida a todos los conflictos emergentes del contrato y la relación de trabajo.

La índole penal de la materia no altera la aptitud jurisdiccional del órgano laboral. Así, por ejemplo, la competencia sobre ejecución y revisión de multas de la policía del trabajo en materia federal o provincial.

2 | Problemas en la interpretación de las multas

En este capítulo se pretenden analizar algunos de los temas que han motivado discusiones con relación a la aplicación de las distintas multas. Lo que debe ser tenido en cuenta para orientación en el tema es que todo

(12) En contra, CAPÓN FILAS, RODOLFO, op. cit., p. 32: "Dado el término empleado ("indemnización") la suma a percibir por el afectado no es una multa a su favor sino la reparación económica estructuralmente penal pudiendo abrirse para sub/sumir cualquier figura de claudesdinidad, utilizando la analogía".

análisis de las sanciones punitorias encuentran su límite en los principios *nulla poena sine culpa* y *nulla poena sine lege*.

2.1 | La intimación como requisito de las multas de los artículos 80 LCT y 2 de la ley 25.323

El requisito de intimación previa establecido para la viabilidad de la aplicación de las sanciones de los art. 80 LCT y 2 de la ley 25.323 impone, para establecer el tiempo a partir del cual es posible realizar la mencionada intimación, la determinación previa de la estructura y función de las mismas pues es en esa determinación que ha de surgir el marco contextual que permite interpretar las condiciones y efectos de la sanción.

A pesar de ser calificadas por la propia norma como indemnizaciones (esto es, sanciones que tienen una función eminentemente resarcitoria), puede advertirse que no es la finalidad de la sanción jurídica reemplazar la prestación debida por otra (función central de la indemnización) sino la creación, junto a la obligación preexistente de una obligación nueva. El pago de la sanción del art. 80 LCT no exime del cumplimiento de la obligación de entrega de la obligación de hacer originaria, ni la del art. 2 de la ley 25.323 sustituye las obligaciones de los art. 232, 233 y 245 LCT.

Por el contrario, estas sanciones establecen una obligación adicional como consecuencia de la realización de conductas reputadas disvaliosas con prescindencia del daño efectiva o hipotéticamente causado. Esto es, tienen una vocación punitoria, establecen una pena de carácter pecuniario, son multas, penas civiles, pero el ámbito civil de la punición no impide la necesidad de aplicación de las normas de carácter constitucional relativas a la aplicación de las penas.

Del mismo modo que no hay indemnización sin daño, en las multas el daño resulta indiferente. De hecho, en el supuesto del art. 2 de la ley 25.323 —de falta de pago de las obligaciones de dar sumas de dinero por parte del empleador— el contenido originario de la obligación y la compensación de la mora son objeto de las obligaciones originarias y de la aplicación de intereses, por lo que el daño producido está plenamente compensado. Lo que hace la multa es producir un desequilibrio patrimonial en perjuicio de quien se hace responsable de una situación considerada jurídicamente disvaliosa.

El carácter civil de la sanción determina la posibilidad de la aplicación de la multa a una persona jurídica de existencia ideal, pero hecha esta salvedad, las condiciones de aplicación de la multa requieren la existencia de un factor subjetivo de atribución en virtud del precepto constitucional *nulla poena sine culpa*. En estas multas, no se sanciona la deuda (la sanción de la deuda es resarcitoria, es un efecto común de la obligación conforme el art. 505 del Cód. Civ.). Lo sancionado es una conducta omisiva posterior, una renuencia contumaz al cumplimiento de la obligación. Esta es la razón por la que tanto la multa de art. 2 de la ley 25.323 como la del art. 80 LCT exigen la intimación previa al incumplimiento tomado en cuenta para la aplicación de la multa.

No se trata de una intimación para poner en mora al deudor —al menos, en los términos del art. 2 de la ley 25.323— ya que la mora es automática (art. 509 del Cód. Civ. y 128, 137 y 149 LCT) sino de una interpelación que muestre la contumacia, la voluntad de no cumplir la obligación pese a la intimación del acreedor-trabajador.

Si el deudor incumpliente hace caso omiso de la intimación, se produce la contumacia que hace posible la aplicación de estas multas. Pero para que la contumacia se produzca es menester que la deuda por la que se interpela al deudor sea exigible. Ninguna contumacia puede existir si el crédito por el que se interpela al deudor está aún sometido a plazo.

Por este motivo, la intimación producida antes de los cuatro días hábiles del distracto carece de eficacia para servir de presupuesto a la contumacia pues se está intimando a cumplir a quien aún no debe atento lo prescripto por los art. 128, 137 y 149 LCT.

Con respecto a la multa del art. 80 LCT, se ha sostenido la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria con la invocación de que el plazo de treinta días a partir del cual debe contarse la intimación introduce un elemento de exceso reglamentario. No concuerdo con esa interpretación. La norma del art. 80 LCT requiere la contumacia del empleador para la aplicación de la multa. Mal puede haber contumacia si el plazo para la entrega no está vencido. En este punto debe señalarse que la obligación de entrega de certificados era, hasta las normas de la ley 24.013, una obligación sin plazo que debía, por tanto, constituirse por una intimación que constituya en mora al obligado (art. 509 del Cód. Civ.). No eran aplicables las normas de

los art. 137 y 149 LCT por cuanto se refieren a la obligación de dar sumas de dinero. De hecho, todos los tribunales establecieron al condenar a la entrega de certificado de trabajo un plazo especial para el cumplimiento de la obligación al determinar el tiempo de cumplimiento de la condena (en mi caso, utilizaba un plazo de quince días).

Luego de la sanción de la ley 24.013, que establece un plazo para dar cumplimiento a la obligación de regularizar sin consecuencias punitivas de treinta días, el legislador ha establecido un plazo mediante el cual considera razonable el cumplimiento de la obligación de hacer. Norma que debe ser aplicada por analogía. En consecuencia, el decreto lo único que hace es poner certeza en una situación que ya viene determinada por el plexo normativo. Es obvio que no se puede punir (la multa del art. 80 LCT tiene función punitiva y no resarcitoria porque no reemplaza la obligación originaria) por la falta de cumplimiento de una obligación no vencida.

Obsérvese que de no concordarse con el criterio de constitucionalidad del art. 3 del decreto 146/01 la obligación del art. 80 requeriría de constitución en mora por tratarse de un plazo indeterminado. Vencido el plazo constitutivo recién entonces el actor podría realizar la intimación a que se refiere la norma. Por supuesto, la adopción de este criterio tendría como consecuencia la discusión sobre la suficiencia del plazo por el cual se interpela por la mora.

Para concluir, no puede olvidarse que no hay contumacia (presupuesto de la aplicación de las multas) sin que previamente exista inexecución. Esto es, sin que el plazo de la obligación esté vencido. Por estos motivos, no he de acceder al reclamo en los términos de los art. 2 de la ley 25.323 y 80 LCT. Respecto de la inaplicabilidad de la norma del art. 149 LCT al plazo para el cobro de las indemnizaciones, debe señalarse que esta interpretación contradice la expresa definición legal que establece el plazo para el cobro de remuneraciones, sino que al faltar la determinación del plazo legal o convencional (condición para la aplicación de la norma de la primera parte del art. 509 del Cód. Civ.) habría de estar a la norma del 2º párrafo del art. 509 del Cód. Civ. pues se trataría de una obligación cuyo plazo no estaría "expresamente convenido". Textualmente:

"Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al acreedor para constituirlo en mora".

Si no se considera que el plazo se encuentra expresamente estipulado por la norma de los art. 128 y 149 LCT, la consecuencia es la necesidad de interpelación para que nazca la mora. Recién a partir de entonces puede hablarse de contumacia o aplicarse intereses. Por esta razón, la interpretación de la aplicabilidad de las normas del LCT citadas previamente a las indemnizaciones, constituyen la interpretación más favorable al trabajador en los términos del art. 9 LCT.

Recién a partir de entonces puede hablarse de contumacia o aplicarse intereses. No se puede olvidar que, a diferencia de los precedentes romanos, el sistema de Vélez exige la interpelación en el caso de falta de determinación de plazo conforme lo establecido por los art. 751 y 618 del Cód. Civ.

2.2 | La relación entre la multa del art. 1 de la ley 25.323 y las multas de los art. 8 a 10 LNE y 80 LCT

Existe cierta corriente jurisprudencial que limita el ámbito de aplicación de las multas del art. 1° de la ley 25.323 a aquellos supuestos tipificados por las normas de los art. 9 a 10 LNE. Esta postura, sin embargo, no encuentra fundamento normativo.

La norma del art. 1 de la ley 25.323 establece textualmente que la multa se aplicará "(...) cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté deficientemente".

De conformidad al art. 7 LNE:

"ARTÍCULO 7° – Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador:

- a. En el libro especial del art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares;
- b. En los registros mencionados en el art. 18, inciso a).

Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas.

La definición de relación laboral registrada adecuadamente en el libro especial viene determinada por la norma del art. 52 LCT que establece:

“ARTÍCULO 52 – Los empleadores deberán llevar un libro especial, registrado y rubricado, en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio, en el que se consignará:

- a. Individualización íntegra y actualizada del empleador.
- b. Nombre del trabajador.
- c. Estado civil.
- d. Fecha de ingreso y egreso.
- e. Remuneraciones asignadas y percibidas.
- f. Individualización de personas que generen derecho a la percepción de asignaciones familiares.
- g. Demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo.
- h. Los que establezca la reglamentación”.

De esto surge que cualquier incumplimiento de la carga de registro (aun así no se trate de pago de salarios de modo clandestino) está comprendido en la categoría más amplia de registro inadecuado que sirve como antecedente de la sanción punitiva establecida por el art. 1 de la ley 25.323. Ello incluye cualquier falta de registro de la remuneración debida, aun así no fuera abonada por el empleador.

Como nota aclaratoria debe señalarse que ninguna relación tiene el registro de remuneraciones con las constancias que surgen del recibo de sueldo. Por el contrario, el recibo de sueldo acredita el cumplimiento del débito salarial por parte del empleador, no el registro regular. Viceversa, el registro regular no acredita el cumplimiento del débito salarial. No es posible confundir los instrumentos específicos para eludir el cumplimiento de una obligación legal.

Como se ha dicho precedentemente, la definición de relación laboral registrada viene determinada por la norma del art. 7 LNE que establece

expresamente: “Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador (agente del registro) hubiere inscripto al trabajador (objeto del registro)”. Si la relación laboral no fue inscripta por el empleador sino por un tercero que actuaba como agente (supuesto de aplicación del art. 29 LCT), se está ante el supuesto de aplicación de la norma por cuanto el sujeto que cumple la obligación de hacer no es el sujeto llamado para hacerlo. La carga de registro y de extensión de certificaciones pesa sobre el empleador directamente y, al tratarse de obligaciones de hacer que tienen un sujeto determinado como obligado, ella no puede ser suplida por un sujeto distinto del empleador. Como establece el art. 626 del Cód. Civ.: “El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales”. En la medida que se ha establecido que el sujeto obligado es el empleador, su débito no puede ser reemplazado por su deudor solidario. La obligación de hacer que tiene en cuenta la industria, arte o cualidades personales, como es el caso de la obligación de registro del art. 7 LNE es personalísima del empleador.

Por otra parte, la identidad del certificante afecta los contenidos mismos de lo certificado. ¿Qué valor tendría la certificación otorgada por A de que B prestó servicios en C? Al mismo tiempo, cambiar la identidad del empleador afectaría el principio de identidad del pago exigido por los art. 740 y 741 del Cód. Civ.

Por este motivo, el registro por el sujeto que no es empleador impide considerar a la remuneración como adecuadamente registrada en los términos del art. 7 LNE y, consecuentemente, hace pasible al empleador de las multas de los art. 8, 9 y 10 LNE, 1 de la ley 25.323 y 80 LCT.

2.3 | La multa del artículo 132 bis LCT

La norma del art. 132 bis LCT condena al empleador que “(...) hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gre-

mial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados (...)”, a abonar una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario desde la disolución de la relación laboral hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos.

Con un criterio interesante, Piroló ha sostenido la aplicabilidad al supuesto en análisis de la norma del art. 331 CPCCN, por lo que la condena debería detenerse en este proceso en el momento del dictado de la sentencia definitiva. Respecto de esta posición, deben señalarse dos equívocos. En primer término, no es cierto que no exista condena a futuro. De hecho, toda acción de daños y perjuicios realiza, como señalaba Goldenberg, una prognosis póstuma. Por otra parte, sanciones conminatorias como las de astringentes sólo se aplican a futuro, si bien la capacidad del juzgador de ameritar la conducta del condenado para disminuir o enervar los efectos de la multa dispuesta importa una cierta retroacción de la condena con este juzgamiento complementario.

Esta característica de proyección en el tiempo futuro de las sanciones conminatorias, género al que la multa del art. 132 bis LCT pertenece, obliga a replantear la aplicabilidad de la norma procesal citada, como así también, las diferencias específicas entre las sanciones conminatorias del art. 666 bis del Cód. Civ. y las del artículo 132 bis LCT. En primer término, deben tenerse en cuenta las diferentes características de la sentencia que declara la aplicación de una y otra sanción conminatoria. Mientras que la resolución judicial que ordena la aplicación de sanciones conminatorias es constitutiva de la obligación modal en que consiste la sanción conminatoria, el fallo que accede a la multa en los términos del art. 132 bis LCT es esencialmente declarativo. Declara la existencia de una conducta tipificada por la ley y previamente sancionada, por lo que se reconocen las consecuencias del incumplimiento que preceden a la declaración judicial. En este sentido, el ámbito de proyección de la condena mira hacia el pasado. ¿Implica esto

que el carácter declarativo de la concurrencia de la conducta agota los efectos en el pasado? En primer término ello no es así, pues los efectos de la declaración se proyectan al futuro hasta el cumplimiento de la condición resolutoria que convierte la obligación en modal "(...) hasta que el empleador acreditar de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos". Tampoco es esto lo que sostiene Miguel Pirolo, sino simplemente que los efectos inmediatos de la condena se agotan en el momento de la sentencia. Para la condena por períodos sucesivos, habría de iniciarse un nuevo proceso en el que la sentencia anterior provocaría efectos (no podría volver a discutirse la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable que es uno de los presupuestos de la condena por períodos sucesivos) y restaría analizar la prueba del cumplimiento de la condición resolutoria.

Por ello, es necesario establecer si la sanción conminatoria en análisis puede estar comprendida en el universo de supuestos para los que resulta aplicable el art. 331 CPCCN y si ello también excluye la necesidad de demandar un crédito ya líquido (con lo que el reclamo debería fijarse en la cuantía devengada hasta el momento de la demanda).

El presupuesto típico establecido por el art. 331 CPCCN es el de cuotas de una misma obligación. Esto es, supuestos en los que una única prestación se divide en cuotas sometidas a plazos diferenciales pero la prestación (por ejemplo, el precio) es única. Pretorianamente se ha admitido, por razones de celeridad procesal y adelantando a un criterio que se torna positivamente determinante a partir de la reforma constitucional de 1994, el de tutela judicial efectiva, se admitió su extensión a las obligaciones periódicas, donde cada prestación nace en lapsos distintos y tiene independencia de las otras, aunque mantiene igual naturaleza y contenido homogéneo con las demás (por ejemplo la obligación salarial o por alquileres).

La sanción conminatoria guarda diferencias notorias con ambas. En primer término no se trata de un pago en cuotas de una prestación única ya determinada ni de prestaciones distintas independientes de las otras. Se trata de una prestación única cuyo contenido, si bien determinable, se incrementa con el paso del tiempo, pero ello no hace nacer obligaciones nuevas sino que determina el monto de una sanción única exigible, con contenidos variables, hasta el momento en que se cumpla la condición resolutoria.

Esta característica de obligación única con contenidos variables torna inadmisble la aplicación tanto de la limitación del contenido de la pretensión al momento de la demanda como al momento de la sentencia, pues no hay cuota ni obligaciones distintas sino una obligación única con contenido que se incrementa en el tiempo. Por tanto, la condena que se dicta no hace otra cosa que declarar la existencia de la obligación sin que la cuantificación pueda determinarse en momento alguno hasta el momento de la ocurrencia del cumplimiento de la condición que, por ser tal, no es necesaria sino contingente. No hay una necesidad de una nueva condena porque la prestación es única y no es pasible de cumplimiento parcial (por lo que el acreedor podría oponerse al pago parcial en términos del art. 742 del Cód. Civ.) y, por tal motivo, tampoco devenga intereses.

En estos supuestos, la condena tiene como presupuesto la existencia del antecedente típico, antijurídico y culpable realizado en el pasado, pero los efectos de la sanción dependerán del momento en que se cumpla la condición. En este orden de ideas, corresponde que la condena siga la suerte de la obligación. Esto es, que sea modal. De tal manera se cumple con el postulado de la tutela judicial efectiva, sin que exista mengua alguna al derecho de defensa del demandado y con la tramitación más económica.

Bibliografía

AA. VV., *Libro de ponencias del VIII Congreso Internacional De Política Social, Laboral y Previsional (FAES)*, Buenos Aires, Fundación de Altos Estudios Sociales, 1996.

ARIAS GIBERT, ENRIQUE, *Las Multas en la ley de empleo*, Buenos Aires, JFM editores, 1998.

CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Ley de Empleo*, La Plata, Librería Editora Platense, 1992.

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, 1992.

FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI, 1995.

GHESTIN, JACQUES, “*Les Obligations, le contrat: formation*”, en *Traité de Droit Civil*, 2da ed., Paris, L.E.D.J., 1988.

STIGLITZ, GABRIEL A., *Daños y Perjuicios*, Bs. As., La Rocca, 1987, p. 52.

KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

Trabajo no registrado: un abordaje desde la negociación colectiva

por **GUIDO AROCCO**⁽¹⁾ y **MAGALÍ TROYA**⁽²⁾

I | Nociones previas

El sistema de relaciones laborales en Argentina desde 2003 se ha caracterizado por una creciente reactivación, que progresivamente ha ido consolidando las instituciones laborales regidas desde el Estado Nacional bajo un rol coordinador, afianzándose así un nuevo mecanismo de relaciones laborales que se contrasta con los principios y directrices de las décadas anteriores.

Abordaremos en el presente artículo un panorama sintético sobre el empleo no registrado y las herramientas eficaces que se instauraron para erradicar y combatir la informalidad laboral desde el mecanismo de la negociación colectiva. Claramente, el empleo no registrado es un fenómeno socioeconómico globalizado y aún presente en un modelo de crecimiento económico que ha priorizado la inclusión y protección social mediante mecanismos protectorios y centralizados bajo el concepto del trabajo decente. En particular, en nuestro país "(...) el sistema de relaciones laborales opera sobre el empleo asalariado, por lo que la magnitud de éste es un

(1) Lic. en Relaciones del Trabajo, UBA. Asesor de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

(2) Lic. en Relaciones del Trabajo, UBA. Asesora de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

indicador de su cobertura empírica. La heterogeneidad del empleo asalariado suscita además la necesidad de establecer el tipo de empleo donde puede identificarse la relación laboral articulada con las garantías de diversos institutos, que denominaremos empleo asalariado formal, para diferenciarlas de las ocupaciones donde esas garantías se diluyen”⁽³⁾.

A partir de 2003 se presentan cambios y tendencias que han marcado un descenso en el largo plazo en el empleo no registrado; diversas herramientas que fueron consolidándose paulatinamente con el régimen de empleo articulado luego del período de crisis económica y laboral. Sin duda, puede observarse un pasaje acompasado de la evolución del mercado de trabajo que se heredó de una crisis del empleo sin magnitudes, devenida de la convertibilidad y su colapso socio-económico en el 2001. Notoriamente, el descenso de la tasa de desocupación abierta y la paulatina reducción del trabajo no registrado permitió lograr al primer trimestre de 2012 una tasa de desempleo del 7.1%⁽⁴⁾.

Cabe destacar que la problemática del trabajo no registrado, como así también la informalidad y la economía oculta, son temáticas interrelacionadas que han estado presentes en la estructura del mercado de trabajo argentino. Sin embargo, esta incidencia se ha reducido notoriamente. Verificándose por medio de la tasa de empleo no registrado de personas de 18 años y más, en el tercer trimestre de 2003 se ubicaba en 48,4% y al cuarto trimestre del 2011 se encuentra en 33,8%⁽⁵⁾. Esta serie histórica es elaborada con datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH), y se excluye de la población asalariada a los ocupados identificados con actividades no visualizadas como trabajo, es decir “formas ocultas de ocupación”; tales como los trabajadores cuentapropistas o los beneficiarios de planes de empleo. Se considera así un universo diferente, no excluyente de los trabajadores de la economía informal puesto que se trata de una tasa de empleo no registrada, entendiéndose como la relación entre empleo no registrado y el total de los asalariados.

(3) PALOMINO, HÉCTOR, *El fortalecimiento actual del sistema de relaciones laborales: sus límites y potencialidades*, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, 2010, p.211.

(4) Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina

(5) Fuente: Dirección General de Estudios y Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

Bajo el modelo de empleo vigente se visualiza claramente que "(...) las actuales tendencias de crecimiento del empleo registrado y de estancamiento y disminución del empleo no registrado en el sistema de seguridad social, reflejan la instalación y consolidación progresiva de un nuevo régimen de empleo, posterior a la salida de la crisis de 2001 en Argentina"⁽⁶⁾.

2 | Algunas definiciones de trabajo no registrado

Antes de desarrollar las formas de combatir el trabajo no registrado en la actualidad argentina, procederemos a exponer brevemente en primer lugar, algunas definiciones sobre la temática abordada.

Según Julio Neffa, "(...) el empleo no registrado comprende a aquellos trabajadores en relación de dependencia a los cuales no se les realizan aportes y contribuciones que están estipulados en el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (...)"⁽⁷⁾.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), "(...) el empleo no registrado o no declarado, se define como aquel que ser ilícito en sí mismo no está declarado a una o varias autoridades que deberían tener conocimiento de él, y por este hecho se sustrae a la reglamentación o a los impuestos o lleva a una reducción de las prestaciones de la seguridad social(...)"⁽⁸⁾.

Según Lé pore, Roca, Scha leter y Sche lesser: "(...) la noción de 'trabajo no registrado' surge del concepto estadístico de 'asalariado sin jubilación', utilizada por la Encuesta Permanente de Hogares del INDEC. Esta noción alude a los asalariados que no son registrados por sus empleadores en la seguridad social y, en líneas generales, se adapta bien a la idea de 'pre-

(6) PALOMINO, HÉCTOR, *La instalación de un nuevo régimen de empleo en Argentina: de la precarización a la regulación*, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, 2010, pp.179.

(7) NEFFA, JULIO, "La informalidad, la precariedad laboral y el empleo no registrado en la provincia de Buenos Aires", en *El empleo no registrado*, Buenos Aires, Ministerio de Trabajo Provincia de Buenos Aires, 2008.

(8) OECD, *Combating the illegal employment of foreign workers*, Paris, 2000.

cariedad' en el sentido de la desvinculación del salario con la protección social (...)"⁽⁹⁾.

En este tenor de ideas, cabe destacar que la población económicamente activa (PEA) está compuesta por: ocupados plenos, subocupados y desocupados. Dentro de los ocupados encontramos dos segmentos: los registrados y no registrados. Recordándose, que entre los informales se encuentran tanto los trabajadores registrados como no registrados, es de total desprotección la situación del asalariado no registrado, siendo el más apartado de las formas atípicas del empleo.

El contrato de trabajo —no registrado— existe realmente desde el momento mismo en que se establece la relación salarial, generando una fuerte fragmentación o segmentación del colectivo de trabajadores dañando económica, social y culturalmente al trabajador y le dificulta la construcción de su identidad. Los daños que ocasiona al trabajador, en primer lugar, son pecuniarios, psíquicos afectivos y relacionales, mentales y sociales. Mientras que en segundo lugar afecta al orden económico y social al generar una evasión fiscal como previsional, instaura una competencia desleal de los empleadores en materia de costos laborales con respecto a los demás que cumplen efectivamente sus obligaciones, y por último perjudica al resto de los asalariados, ya que por falta de pago de las contribuciones pertinentes, provoca la pérdida de ingresos tanto para las obras y servicios sociales, como para las organizaciones sindicales.

3 | Marco normativo nacional e internacional

En el plano internacional la relevancia de la cuestión del empleo no registrado ha sido de gran importancia y desarrollado por la OIT, en particular en la 90ª Conferencia Internacional del Trabajo, en donde fue enunciada la siguiente premisa: *"(...) cooperar con los Estados miembros a fin de elaborar y ejecutar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, una política nacional tendiente a incorporar a los trabajadores*

(9) LÉPORE, E.; ROCA, E.; SCHACHTEL, L. y SCHLESSER, D. *Evolución del empleo registrado y no registrado en el período 1990-2005*, Buenos Aires, SSPTyEL-MTEySS, 2006.

y las actividades informales en la economía formal”⁽¹⁰⁾. La inspección del trabajo es una herramienta fundamental para el logro del trabajo digno en su significado más amplio. Para la Organización Internacional del Trabajo el objetivo del “Trabajo Decente” se inscribe dentro de la inclusión social.

A continuación detallaremos los instrumentos de OIT ratificados por la Argentina que, a través de los mismos, se procura que los Estados Miembro prohíban o impongan severas restricciones en este flagelo:

- Convenio N° 81 OIT sobre inspección de trabajo en industria y comercio, ratificado por nuestro país desde el 17 de febrero de 1955.
- Convenio N° 129 OIT sobre inspección de trabajo en agricultura, ratificado por nuestro país desde el 20 de junio de 1985.

En marco del MERCOSUR, se encuentran los siguientes instrumentos:

- Decisión Consejo del Mercado Común N° 8/92. Medidas para evitar el empleo no registrado.
- Resolución Grupo Mercado Común N° 22/09. Plan Regional de Inspección de Trabajo.
- Recomendación Consejo Mercado Común N° 1/05. Condiciones mínimas del procedimiento de inspección.
- En el plano nacional, se encuentra los siguientes instrumentos:
- ley 24.013. Ley Nacional de Empleo. Parte pertinente: Título II, cap. arts. 7°-11°/15.
- ley 25.323. Indemnizaciones Laborales.
- ley 25.345. Prevención de la evasión fiscal. Parte pertinente: Cap. VII. arts.43°-48°.
- ley 25.877. Ley de Ordenamiento Laboral. Parte pertinente: Título II, cap.I arts. 28°-38°.
- ley 26.476. Regularización Impositiva. Parte pertinente: Título II, cap. I. arts. 11°-24°.

(10) CAMPOS M. y GALÍN P., “Temas y Retos de la Seguridad Social”, <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-16.pdf>.

En efecto, se está asistiendo a un proceso de toma de consciencia de que los trabajadores no registrados no solamente perciben ingresos menores que los formales sino que se encuentran frente a una desprotección social. La persistencia de esta problemática en el tiempo no sólo se transforma en una característica estructural del mercado de trabajo argentino, sino que impacta en la población y en la cohesión social. La interpretación de esta forma de precarización laboral es en un sentido restringido ya que la noción de precarización alude a la desvinculación del salario de las protecciones y garantías asociadas con ese tipo de remuneración⁽¹¹⁾.

4 | Políticas públicas nacionales

La búsqueda de los determinantes del crecimiento del empleo registrado desde fines del 2004 hasta la actualidad se debe al nuevo rol del Estado Nacional, en virtud del fortalecimiento de la capacidad de intervención estatal en la economía y fundamentalmente en redefinir las estrategias de los actores en el nuevo entramado socio-laboral.

Para ello, desde el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación se han formado y lanzado acciones con el objeto de eliminar el trabajo no registrado. Para ello, se ha creado en la órbita de la Subsecretaría de Fiscalización el Programa Nacional de Regularización del Trabajo (P.N.R.T), orientado al control de trabajo no registrado en las empresas de manera planificada. Este es uno de los instrumentos de política aplicada más relevante no sólo en términos de eficacia práctica sino sobre todo simbólica, ya que indica claramente la orientación estatal favorable al control del registro laboral y la penalización de las prácticas evasoras.

Por ello, los objetivos de fiscalización del Ministerio de Trabajo diseñados están focalizados en los siguientes, a saber:

- Actividades económico-productivas que operan en mercados en expansión, dejando de lado las economías de subsistencia.

(11) GALÍN P. y NOVICK, M., *La precarización del empleo en Argentina*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1990.

- Empleadores formales con capacidad contributiva: con trayectoria en cotizaciones a la seguridad social, con modalidades de contratación elusivas o vinculados comercialmente con empleadores que operan fuera de la normativa.
- Refiscalización de establecimientos en los que se hayan detectado irregularidades.

Según los empleadores, las causas que se invocan ante una inspección que detecta estas irregularidades son, por ejemplo: la elevada proporción del salario indirecto, la fuerte presión fiscal sobre el volumen de ventas, la superposición de impuestos nacionales y provinciales y en caso de despedir a un trabajador el pago del preaviso e indemnizaciones que son establecidas en las normas laborales. De tal forma, el trabajo no registrado es considerado como un recurso utilizado por las empresas más débiles para sobrevivir en un mercado cada vez más competitivo⁽¹²⁾.

5 | Estadísticas laborales

El boletín de estadísticas laborales compila una serie de estadísticas provenientes del Ministerio de Trabajo y el INDEC. Analizando la cantidad de trabajadores registrados y no registrados (medidos en miles) para momentos clave del mercado de trabajo argentino, podemos apreciar lo siguiente⁽¹³⁾:

TABLA 1

Período/Condición	Trabajadores Registrados	Trabajadores No Registrado
1º - 2003	4.649	4.243
4º - 2004	5.154	4.962
1º - 2007	6.419	4.560

(12) Fuente: Subsecretaría de Fiscalización del Trabajo y la Seguridad Social, MTEySS

(13) Fuente: Boletín Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

Allí se observa que el empleo asalariado registrado sigue una firme tendencia ascendente hasta la actualidad, en tanto el empleo no registrado se estanca y empieza a disminuir en términos relativos.

Se permite observar que entre el IV trimestre de 2004 y I trimestre de 2007, los asalariados registrados se incrementaron en 1.265.000 ocupados, mientras que los asalariados no registrados disminuyeron en 402.000 ocupados. Esta evolución implica que desde una situación casi idéntica registrada en el IV trimestre de 2004, cuando la brecha entre empleo registrado y no registrados era de menos de 200 mil ocupados. Se observa hoy una brecha que se aproxima a los 2 millones de ocupados en favor del empleo registrado.

El P.N.R.T ha demostrado eficacia como política pública tendiente a mejorar el registro de trabajadores en relación de dependencia y concientizar a los empleadores sobre la problemática de la informalidad. Podemos observar los siguientes valores acumulados de trabajadores relevados por el P.N.R.T. durante los períodos 2005-2011 ⁽¹⁴⁾.

TABLA 2

	Trabajadores No Registrados	Trabajadores Registrados
Cantidad de Trabajadores	745.728	1.945.342
Distribución porcentual	27.7%	72.3%

Al cuarto trimestre del 2011, los trabajadores relevados por el Programa Nacional para la Regularización del Trabajo (PNRT) es 321.868 trabajadores y la tasa de regulación es de 40.6%, calculada como el porcentaje de trabajadores que al momento de la fiscalización no contaban con la Clave Alta Temprana y les regularizaron esta situación por efecto de la acción impositiva, es decir, antes de la audiencia de descargo.

(14) Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales, caracterización de los trabajadores relevados por el P.N.R.T, acumulado entre 2005-2011.

Asimismo, establecemos los porcentajes por rama de actividad de la tasa de regulación que relevados por el P.N.R.T.:

TABLA 3

Actividades/años	2005	2007	2009	2011
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	20,2%	27,9%	30,3%	34,1%
Explotación de minas, canteras, carbón petróleo y gas	10,3%	41,4%	30,2%	41,4%
Industria manufacturera	32,2%	39,7%	37,1%	41,2%
Construcción	35,2%	35,7%	29,6%	36,4%
Comercio, act. Inmobiliarias y de alquiler	31,7%	38,3%	38,4%	43,0%
Hoteles y Restaurants	33,9%	44,8%	45,1%	50,8%
Transporte	22,3%	23,5%	26,6%	28,3%
Intermediación financiera	23,4%	26,3%	28,0%	35,7%
Enseñanza	19,5%	34,6%	39,3%	42,8%

Podemos definir la dinámica actual del empleo registrado tomando el análisis que realiza Schelesser, al afirmar: "(...) el hecho fundamental que muestra esta perspectiva de análisis es la transformación que introdujo el nuevo patrón de crecimiento en las características de los puestos de trabajo generados. Mientras que en las décadas del ochenta y noventa el trabajo no registrado era la categoría ocupacional que explicaba casi con exclusividad la generación de puestos asalariados, a partir de la implementación del régimen económico vigente es el empleo registrado la categoría que pasa a impulsar la expansión del empleo. Puede afirmarse que, a pesar de lo que se menciona en otras interpretaciones, la imple-

mentación del patrón de crecimiento ha introducido un cambio notable en la calidad del empleo generado, lo que permitió reducir la incidencia del empleo no registrado de manera sistemática y generalizada en la mayoría de los sectores productivos; dinámica que no se había verificado nunca antes desde 1980(...)" ⁽¹⁵⁾.

Dicho de otra manera, se visualiza la primera reducción sistemática y generalizada en la mayoría de las ramas de actividad del índice de no registro en la historia contemporánea del mercado de trabajo argentino. Aun así, el empleo no registrado continúa teniendo una alta incidencia en el escenario sociolaboral argentino, y resulta primordial abordar prioritariamente los nodos estructurales de informalidad laboral para avanzar en la lucha contra este flagelo.

Hacer realidad el trabajo decente y erradicar el trabajo no registrado requiere del esfuerzo y el compromiso de la pluralidad de los actores sociales, coordinados por las políticas estatales, focalizando en aquellos vinculados directamente las relaciones del trabajo, como son las asociaciones sindicales y los empleadores.

Es dable destacar el importante papel que juegan las asociaciones sindicales en sistema argentino de relaciones del trabajo en su lucha por formalizar los vínculos laborales a través de su actividad gremial y mediante la negociación colectiva, la cual se torna una herramienta primordial para corregir la tendencia a la informalidad del empleo y aumentar la cultura del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por parte de los empleadores.

6 | La lucha contra el trabajo no registrado como temática negocial

A partir de 2003, la negociación colectiva en Argentina adquiere una dinámica positiva, sistemática y permanente, impulsada por la salarización de las asignaciones no remunerativas otorgadas por el PEN en el año 2002 y

(15) SCHELESSER, DIEGO, *El trabajo no registrado en el largo plazo*, Buenos Aires, SSPTyEL-MTEySS, 2007.

el restablecimiento del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil.

En este proceso podemos destacar, el progresivo traslado de sumas no remunerativas a remunerativas en el salario básico de convenio a partir del año 2003; la reapertura de unidades de negociación del nivel de actividad, gran parte de las cuales habían sido desactivadas en los noventa; la apertura de nuevas unidades de negociación; la compatibilidad con las negociaciones de empresa, que habían predominado en la negociación colectiva de la década anterior; y la recuperación del protagonismo de sindicatos y empleadores en el sistema de relaciones laborales argentino⁽¹⁶⁾.

El período 2003-2010 se caracteriza por un aumento importante en la cantidad de convenios y acuerdos colectivos celebrados, entre cuyos contenidos se destacan cuestiones salariales. La negociación colectiva en Argentina aumentó progresivamente desde 2003 y a un ritmo sin precedentes. El número de convenios y acuerdos colectivos negociados anualmente avanza a cada año, llegando de 406 en 2003; a 2038 en 2010. Asimismo, la expansión del empleo asalariado registrado en este período tuvo efectos directos en la ampliación de la cobertura de la negociación colectiva. La cantidad de trabajadores cubiertos por convenios colectivos de trabajo (CCT) se incrementó fuertemente, de 1.2 millones 2004 a 5 millones en 2010⁽¹⁷⁾.

En un contexto de revitalización Nacional del sistema de relaciones laborales y con la expansiva y creciente dinámica negocial descripta, deviene necesario abordar la temática del enriquecimiento de la negociación colectiva, buscando incorporar nuevos contenidos negociales o reformulando contenidos tradicionales. Tal es así que desde el año 2009 la cartera laboral, a través de la Subsecretaría de Relaciones Laborales, organiza talleres sobre "Nuevos Contenidos de la Negociación Colectiva". En estos seminarios se invitan a representantes sindicales, empresarios, estatales, académicos y expertos en temáticas laborales para debatir y analizar las propuestas de contenidos a incorporar o reformular en la negociación colectiva.

(16) Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, *Trabajo y Empleo en el Bicentenario: cambio en la dinámica de la protección social para la inclusión*, Buenos Aires, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2010.

(17) Ídem anterior.

Es posible destacar que en el tercer encuentro, de octubre de 2010, una de las temáticas tratadas consistió en la informalidad laboral, y se exploraron herramientas convencionales para la regularización de la relación laboral. En este taller se resaltaron las siguientes líneas de trabajo⁽¹⁸⁾:

Abordar, mediante la observación, la investigación y el control, los aspectos vinculados a las empresas o grupos económicos relacionados y la solidaridad empresaria.

Tratar convencionalmente la colaboración sindical en la inspección y el control del trabajo no registrado en las empresas, especialmente en aquellas relacionadas con la empresa principal y en toda la cadena de valor.

Elaborar mecanismos permanentes y sistemáticos de intercambio de información entre la parte sindical y la empresaria a efectos de poder detectar nodos de trabajo informal e implementar medidas correctivas conjuntas en ellos.

Pautar “premios estímulo” para los actores sociales de aquellas actividades que se comprometan activamente con acciones o programas de formalización del trabajo.

Estimular la responsabilidad social de las cámaras empresarias signatarias de la convención colectiva que tengan empresas afiliadas con trabajo no registrado o registrados de manera deficiente.

Promover la responsabilidad social empresaria del sector empleador a fin de la promoción de acciones y políticas sostenibles destinadas a la consolidación del trabajo registrado y decente como forma de contratación en toda su cadena de valor.

Proponer restricciones para acceso a programas —como el caso del REPRO— a las empresas en las que se verifique trabajo no registrado.

Instrumentar restricciones para el acceso a créditos, capacitación, certificación de calidad, etc. y de todo fomento estatal a la producción de las

(18) Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, *Nuevos Contenidos de la Negociación Colectiva: Volumen III*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Buenos Aires, 2011.

empresas que posean en situación irregular y/o no cumplan con las metas de blanqueo que se pauten.

Estipular plazos para el cumplimiento de las referidas metas.

Establecer mecanismos que contemplen la participación de los delegados sindicales en el control del cumplimiento de las normas relativas a la promoción del trabajo no registrado y decente; por ejemplo a través de la figura del “delegado fiscalizador”.

7 | Relevamiento de acuerdos y convenios colectivos de trabajo con cláusulas sobre trabajo no registrado

Con el objeto de obtener una perspectiva más profunda sobre el abordaje de la problemática del trabajo no registrado que los actores sociales han convenido mediante la negociación colectiva, hemos realizado un relevamiento de convenios y acuerdos colectivos de trabajo que incluyen cláusulas relativas a informalidad laboral y trabajo no registrado.

Dicho relevamiento se realizó utilizando la base de datos informática de convenios y acuerdos colectivos de trabajo registrados en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la búsqueda de instrumentos a partir de “palabras clave” y el nomenclador de contenidos que la base de datos provee.

A continuación destacaremos los principales instrumentos relevados:

7.1 | Radios privadas (Acuerdos 953/II; 952/II; y 186/09)

La “intersindical radial”, compuesta por el Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público y Afines (SUTEP), la Sociedad Argentina de Locutores (SAL) y la Asociación Argentina de Trabajadores de las Comunicaciones (AATRAC) ha venido incluyendo en sus acuerdos salariales desde el año 2006 cláusulas relativas a la lucha contra el trabajo no registrado. Éstas pueden observarse en sus últimos acuerdos salariales con la cámara em-

presaria de la actividad (Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas —ARPA—), tales como el artículo 7° del Acuerdo 953/11 (entre SUTEP y ARPA, enmarcado en los CCTs 140/75 y 141/75), el artículo 10° del Acuerdo 952/11 (entre SAL y ARPA, enmarcado en el CCT 215/75) y en el artículo 8° del Acuerdo 186/09 (entre AATRAC y ARPA, enmarcado en el CCT 156/75).

En dichos Acuerdos se aprecia una declaración de las partes en realizar sus mayores esfuerzos y asumir el compromiso de emprender acciones conjuntas para denunciar la informalidad laboral, así como el incumplimiento de las normas legales y convencionales, que constituyen un grave flagelo para empresas y trabajadores, tanto por las distorsiones que producen en el mercado como por la situación de desprotección que genera para los trabajadores. En este sentido, las partes acercarán propuestas de colaboración al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, a efectos de motorizar sistemas de fiscalización conjunta. Asimismo, las partes manifiestan que establecerán una agenda conjunta con el fin de discutir aspectos convencionales.

7.2 | Industria del papel y sus ramas (CCT 499/07; 525/07; 587/10; 588/10; 591/10; 623/11; y 624/11)

El sector papelerero presenta la característica de negociación colectiva por sub-rama de actividad, en donde la Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón y Químicos (FOEIPCQ) negocia distintos convenios con las diversas cámaras del sector que representan a las sub-ramas económicas de la actividad del papel. Desde el año 2005, todos los convenios colectivos de la actividad papelerera —y sus posteriores renovaciones— incluyen cláusulas relativas a la lucha contra el trabajo no registrado, como se aprecia en los artículos 7° y 8° del CCT 499/07 (rama recorteros de papel), el artículo 7° del CCT 525/07 (rama fabricación de bolsas de papel), el artículo 5° del CCT 587/10 (rama fabricación de productos abrasivos), el artículo 5° del CCT 588/10 (rama fabricación de papel y celulosa), los artículos 7° y 8° del CCT 591/10 (rama depósitos de papel, conversión, rollos y libritos de papel para el armado de cigarrillos), los artículos 7° y 8° del CCT 623/11 (rama cartón corrugado), y los artículos 9° y 10° del CCT 624/11 (rama envases de cartón).

En dichos convenios se acuerda una cláusula declarativa, que establece que las partes entienden que el trabajo no registrado es una modalidad que causa perjuicio a la sociedad toda, y que en consecuencia, asumen el compromiso de aunar esfuerzos para su erradicación, mediante la promoción de la regularización de las relaciones laborales, el desaliento de prácticas evasoras, cumpliendo y haciendo cumplir lo dispuestos por las leyes 24.013 y 25.323, e intercambiando información que permita la detección de irregularidades o deficiencias en el registro de la relación laboral.

Posteriormente, algunos de los convenios citados establecen un mecanismo sancionatorio en casos de informalidad, el cual consiste en: "(...) la empresa que retuviere al trabajador aportes con destino al sistema previsional, o la seguridad social, o cuotas de aportes periódicos, o contribuciones en virtud de normas legales o convencionales, o que resulten de su carácter de afiliado a asociaciones profesionales de trabajadores, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y no efectuase el depósito de dichas retenciones en tiempo y forma a los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, generará derecho al trabajador y a la organización gremial para cursar intimación a la empresa para que, dentro del término de treinta (30) días, haga efectivo el ingreso de los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieran corresponder. Cumplido el plazo antes referido, si la empresa no hubiere procedido de acuerdo a lo reclamado en la intimación, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado, en carácter de sanción conminatoria mensual, y hasta tanto no regularice la mora, el importe equivalente a la última remuneración devengada a favor de este último, considerándose además que, si hubiere remuneración en especie, esta deberá abonarse en dinero."

7.3 | Tintorerías y lavaderos (CCT 526/08)

El mentado convenio colectivo de trabajo fue concertado entre la Unión Obreros y Empleados Tintoreros, Sombrereros y Lavaderos de la República Argentina (UOETSYLRA) y la Federación de Cámaras de Lavaderos de Ropa, Limpierías y Afines de la República Argentina (FEDELARA) y tiene como ámbito de aplicación a todo el personal de lavanderías industriales de ropa, autoservicios de lavado de ropa, tintorerías industriales, tintorerías tradicionales, tintorerías rápidas y receptorías para tintorerías, en todo el territorio de la Nación.

Su artículo 5° establece las reglas de interpretación del cuerpo convencional, dentro de las cuales se destaca: “El incumplimiento por parte del empleador de llevar la documentación laboral que establece la legislación del trabajo y demás obligaciones que surgen del presente Convenio Colectivo de Trabajo, hará operativa la presunción dispuesta por el art. 55 de Ley de Contrato de Trabajo. También en referencia a la jornada de trabajo de los trabajadores se presumirá que el dependiente cumple jornada laboral completa; lo cual es no sólo en defensa de los derechos de los trabajadores, sino que también con la finalidad de combatir el empleo no registrado y/o parcialmente registrado, y las consecuencias que de ello se deriva para los trabajadores, sistema de previsión y seguridad social”.

Es dable destacar la presunción que el convenio establece sobre la jornada laboral completa, lo cual nos demuestra que la actividad posee una problemática en lo relativo al parcial registro de los trabajadores, y se revela como una eficaz herramienta convencional para el combate contra este flagelo.

7.4 | Hielo – Mercado Central (Acuerdo 343/08)

En el mentado Acuerdo colectivo de trabajo, concertado entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria del Hielo y de Mercados Particulares de la República Argentina (STIHMPRA) y la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires (CMCBA), se establecen variados mecanismos, acciones y una comisión mixta para combatir el trabajo no registrado.

En primer lugar, se dispone que ambas partes podrán coordinar y arbitrar medidas en forma conjunta y prestándose la correspondiente colaboración, a efectos de controlar el cumplimiento de la normativa laboral, convencional, previsional, seguridad social, etc., como así también para combatir el trabajo no registrado y la competencia desleal en el ámbito de la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires. Previa participación en su conjunto la CMCBA, deberá evaluar sus posibilidades en función de sus recursos.

Posteriormente, el Acuerdo establece que las partes se comprometen a establecer mediante Acuerdos particulares mecanismos por los cuales la

Entidad Gremial ponga en conocimiento a la CMCBA cualquier violación y/o incumplimiento de las normas ya referidas, como así también para instar al cumplimiento de la normativa legal, la CMCBA actuará estrictamente dentro de las facultades y competencia delegadas a través de la Ley y Convenio de Creación.

Para cumplir con estos objetivos, el mencionado Acuerdo constituye una Comisión, la cual tiene como finalidad el intercambio de información, el desarrollo de las actividades de capacitación y la puesta en marcha ante Convenios concretos de acciones conjuntas y de colaboración. Manifestando finalmente ambas partes su voluntad de continuar prestándose colaboración recíproca a los fines establecidos en el Acuerdo y dialogando a fin de resolver los problemas atinentes a los trabajadores.

7.5 | Construcción, rama yacimientos petrolíferos y gasíferos (CCT 545/08)

Esta convención colectiva fue concertada entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA), la Cámara Argentina de la Construcción y la Federación Argentina de Entidades de la Construcción, alcanzando a todo el personal que mantiene vínculo contractual o laboral con empleadores cuya actividad principal se enmarca en la industria de la construcción, o sus subcontratistas y que presta servicios en obras de ingeniería o arquitectura contratadas por el operador de un yacimiento petrolero o gasífero, para ser realizadas dentro del ámbito del yacimiento y correspondientes a su actividad principal o coadyuvante o definidas expresamente en el control de locación de obra del yacimiento.

En su artículo 8° establece que el empleador principal, los contratistas, subcontratistas e intermediarios son responsables del cumplimiento de las obligaciones establecidas en artículo 32° de la ley 22.250 (Régimen Laboral de Obreros de la Construcción), el cual dispone que quienes contraten o subcontraten servicios de contratistas o subcontratistas de la construcción, deberán requerir de éstos la constancia de su inscripción en Registro Nacional de la Industria de la Construcción y comunicar a éste la iniciación de la obra y su ubicación. Asimismo, el mentado artículo de dicho Estatuto

establece que los empresarios, los propietarios y los profesionales, cuando se desempeñen como constructores de obra que contraten contratistas o subcontratistas que no hayan acreditado su inscripción en el Registro Nacional, serán, por esa sola omisión, responsables solidariamente de las obligaciones de dichos contratistas o subcontratistas respecto al personal que ocuparen en la obra y que fueren emergentes de la relación laboral referida a la misma.

7.6 | Médicos de la actividad privada (CCT 635/II y 619/II)

La Asociación de Médicos de la Actividad Privada (AMAP) es un sindicato de una profesión que ha venido incrementando su actividad negocial en sus últimos años. La culminación de este proceso fue la concertación del CCT 619/11, correspondiente a las clínicas privadas de la Ciudad de Buenos Aires, su rama más importante.

Esta profesión presenta un tipo de informalidad particular: el profesional médico, que complementa el ejercicio liberal de su profesión con una creciente tendencia a la asalarización dentro de clínicas y organismos de sanidad. En estos casos, se presenta una situación de informalidad en cuanto a la forma de su registro, en la cual muchas veces se utilizan figuras no laborales para encubrir el trabajo asalariado del profesional de la medicina⁽¹⁹⁾. Por otro lado, el colectivo de médicos era un sector sin cobertura convencional, cuestión que ha sido progresivamente solucionada con la estrategia del gremio y la concertación de los primeros convenios colectivos de trabajo en los últimos años.

A partir de esta particularidad, dos convenios de esta profesión estipulan mecanismos y una comisión mixta para afrontar dicha situación: el CCT 635/11 (rama instituciones de diagnóstico médico) y el CCT 619/11 (rama clínicas, sanatorios y hospitales privados). En los mentados instrumentos se establece: "Habida cuenta que el presente es el primer convenio colectivo que regula la actividad del personal comprendido en el mismo en

(19) AROCCO, GUIDO y TROYA, MAGALÍ, "La asalarización de los profesionales y su creciente inclusión en la negociación colectiva: el CCT 619/11", en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, n° 12, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 1068/1077.

el ámbito territorial pactado entre las partes, las mismas acuerdan crear una comisión integrada por dos integrantes por cada parte signataria que será la encargada de analizar los casos de personal cuyo vínculo jurídico con las empresas comprendidas en el presente, reúna características que dificulten la calificación de su naturaleza, a los fines de determinar en un plazo máximo de 12 meses desde la entrada en vigencia de este convenio, si corresponde la incorporación de dicho personal al presente. En ese sentido, ambas partes acuerdan en establecer que la incorporación en condición de empleado en relación de dependencia de médicos que pudieron haber prestado servicios para la misma empresa con anterioridad bajo la modalidad de locación de servicios profesionales, no importará reconocimiento expreso o tácito de que los servicios prestados por el médico con anterioridad revestían naturaleza laboral.”

7.7 | Peluquerías (CCT 467/06 y 520/07)

La actividad de peluquerías se encuentra regulada por dos convenios colectivos de trabajo, y difieren en su ámbito de aplicación en relación a si la empresa presta servicios para damas, o para hombres, niños y unisex.

El CCT 467/06 (Trabajadores de Peluquerías para Caballeros, Niños y Unisex), concertado entre la Federación Nacional de Trabajadores de Peluquerías, Estética y Afines (FeNTPEA), por la parte sindical, y el Centro de Patrones Peluqueros de Buenos Aires, la Confederación General de Peluqueros y Peinadores de la República Argentina, y la Federación Bonaerense de Peluqueros, Peinadores y Afines, por la parte empresaria. Este convenio en su art. 42 establece una presunción de la existencia de relación de trabajo, al establecer: *“En los supuestos en que el trabajador no hubiese sido denunciado por el empleador como dependiente o no hubiese sido registrado como tal la existencia de un recibo, cualquiera fuere su forma, mediante la cual se acreditará un pago por trabajos realizados, hará presumir la existencia de la relación de dependencia y servirá además para presumir la fecha de ingreso del trabajador por la fecha o el período abonado.”*

El CCT 520/07 (Trabajadores de Peluquerías de Damas), concertado entre la FeNTPEA y la cámara empresaria Federación Argentina de Peinadores y Afines (FAPYA) repite la cláusula mencionada en el CCT 467/06 relativa

a la falta de inscripción y añade una disposición específica para el caso de simulación y fraude laboral. Su artículo 54° reza: "(...) De manera especial se declaran nulos los contratos de locación de sillón, locación de espacio, comodato, sociedad de hecho en la que el trabajador aporte como capital principal su trabajo diario, y en general todos aquellos contratos que tiendan a simular figuras contractuales no laborales. A los trabajadores que se encuentran en cualquiera de los supuestos precedentes se les aplicará sin excepción las disposiciones de este Convenio Colectivo de Trabajo y de la Ley de Contrato de Trabajo como a todos los empleados en relación de dependencia."

Dicha cláusula se constituye como un efectivo mecanismo convencional para luchar contra el trabajo deficientemente registrado en la actividad de peluquería y estética, en donde se utilizan frecuentemente figuras no laborales para regular la actividad de trabajadores que efectúan servicios anexos en el establecimiento, tales como cosmetología, belleza, cuidado corporal, podología, manicuría, recuperación capilar, masajes, tratamientos adelgazantes y otras tareas de estética.

7.8 | Casinos (CCT 1279/12 "E"; 1264/12 "E"; y 842/07 "E")

La negociación colectiva para la actividad de juegos de azar presenta la característica de descentralización, es decir, instrumentada mediante convenios colectivos de empresa. Dentro de este sector, podemos apreciar tres convenciones colectivas que refieren a la lucha contra trabajo no registrado, concertadas entre el Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar, Entretenimiento, Esparcimiento, Recreación y Afines (ALEARA) y la empresa CELA SA (CCT 1279/12 "E"), la empresa KLP Emprendimientos SA (CCT 1264/12 "E") y la empresa Entretenimientos y Juegos de Azar SA (CCT 842/07 "E").

Estos instrumentos cuentan con una declaración de principios al inicio del cuerpo convencional, en donde las partes establecen —dentro de diversos compromisos mutuos y declaraciones generales sobre el trabajo y las relaciones laborales— que: "el convenio reafirma la continuidad de la existencia de empleo totalmente registrado en todos sus parámetros —sala-

rios, categorías y condiciones laborales—, y con la regular integración de los aportes correspondientes al sistema de la seguridad social, situación que lamentablemente no se corresponde con la realidad local de otros emprendimientos económicos existentes en la provincia. Asimismo, las condiciones señaladas, sumadas a la determinación de un salario acorde, conforman el contenido de lo que la Organización Internacional del Trabajo y las normas vigentes en materia de negociación colectiva, entienden por empleo decente”.

7.9 | Técnicos de Fútbol (CCT 563/09)

Esta profesión presenta una situación parecida a la mencionada respecto a los médicos. El CCT 563/09, concertado entre la Asociación de Técnicos del Fútbol Argentino (ATFA), por la parte sindical, y la Asociación del Fútbol Argentino (AFA), por la parte empleadora, establece en su artículo 10° un completo y detallado régimen de contratación. Dicho contrato debe ser suscripto y registrado, con todos sus requisitos y condiciones, entre el director técnico y la institución que lo contrate, estableciendo el convenio que: “(...) ningún director técnico podrá ejercer su profesión y ninguna institución podrá usufructuar los servicios profesionales del mismo sin previamente, celebrar, suscribir y registrar el respectivo contrato (...)”

7.10 | Taxis – Rosario (CCT 517/07)

El ámbito de aplicación de este cuerpo convencional consiste en los trabajadores pertenecientes a la actividad del servicio público de automóviles de alquiler con taxímetro habilitados por la Municipalidad de Rosario, Provincia de Santa Fe; siendo sus partes signatarias el Sindicato de Peones de Taxi de Rosario y Provincia de Santa Fe, y la Asociación de Titulares de Taxi Independientes.

La convención colectiva cuenta con un Exordio, en el cual se destaca: “(...) Las partes conscientes de las características especiales de la actividad, convienen celebrar el presente convenio, que es el primero específico por su materia en nuestra ciudad, con el objetivo fundamental de promover el empleo registrado, consolidar a los empleadores como empresas sólidas, y adecuar las relaciones de trabajo a nuestra realidad,

proyectándolas hacia el futuro, en un objetivo común no antagónico, en procura la paz y la justicia social.”

Esta cláusula declarativa nos muestra que el objetivo principal del concertado convenio es la lucha contra el empleo no registrado y la regularización de las relaciones laborales del sector. Por otro lado, como hemos visto al referirnos al convenio de los médicos de la actividad privada, se trata del primer convenio colectivo de la actividad, y la problemática del trabajo no registrado vuelve a hacerse presente en estos casos.

7.II | Pasteleros – Santa Fe (CCT 600/10)

Los signatarios de este convenio colectivo de trabajo son, por el sector sindical, el Sindicato Obreros Confiteros, Pasteleros, Factureros y Pizzeros de Santa Fe, en conjunto a la Federación Argentina Trabajadores Pasteleros, Confiteros, Heladeros, Pizzeros y Alfajoreros, y, por el sector empresario, la Asociación Empresaria Hotelera Gastronómica de Santa Fe y el Centro de Industriales Panaderos de Santa Fe. Su ámbito de aplicación es para el personal de Confiterías, Pizzerías, Alfajorerías, Casas de Empanadas, Fábrica de Helados y Postres Helados, Pastelerías, Fábricas de Discos para Empanadas y Tartas, Fábricas de Pre-pizzas, Fábrica de Churros, Fábricas de Sandwiches, Rotiserías, Platos Rápidos y Casas de Comidas para llevar, entre otras, de la primera circunscripción territorial de la provincia de Santa Fe.

Su artículo 5° dispone diversos compromisos genéricos que las partes asumen, en cuyo primer inciso se establece el combate contra el trabajo no registrado.

8 | Reflexiones finales

El trabajo en la economía informal y la informalidad en el ámbito del trabajo es un problema grave que afecta el mundo laboral y la economía argentina. Sus consecuencias incluyen la carencia general de derechos y beneficios que brinda la seguridad social, la invisibilidad de colectivos de trabajo, y la exclusión social. El empleo no registrado, o deficientemente

registrado, implica una inserción laboral precaria y desprotegida, que no brinda las condiciones para que los trabajadores y sus familias puedan llevar una vida digna, con protección e inclusión laboral y social.

Desde 2003 el modelo de crecimiento económico con inclusión social, complementado con las políticas públicas de incentivo al registro y fomento al trabajo decente, han logrado revertir la tendencia a largo plazo de crecimiento del trabajo no registrado a lo largo del período 1980-2003. Sin embargo, continúa siendo una problemática central en el plano laboral, y consideramos que las estrategias para su erradicación deben incluir el compromiso y la acción conjunta de todos los actores sociales del mundo del trabajo.

En este orden de ideas, hemos priorizado a la negociación colectiva, mecanismo principal que poseen los actores de las relaciones del trabajo para regular condiciones de empleo y sus vínculos recíprocos, como una herramienta eficaz para aunar esfuerzos en el objetivo de erradicar la informalidad laboral y consolidar el trabajo decente. Desde este ámbito se han pactado en algunos convenios colectivos cláusulas relativas a la lucha contra el trabajo no registrado, mostrando así que el diálogo social y el compromiso de los actores de las relaciones del trabajo resultan primordiales para afrontar la problemática de la informalidad laboral.

Incluir la temática del trabajo no registrado en la negociación colectiva presenta un obstáculo particular, ya que implica un cierto reconocimiento de los actores sociales de la existencia de la problemática en su sector, lo cual puede conllevar consecuencias en plano simbólico, cultural e incluso jurídico, tanto para las asociaciones sindicales como para las empresas y cámaras empresarias. Aun así, consideramos que la negociación colectiva es una vía efectiva para articular las políticas públicas con las estrategias sindicales y empresarias para combatir la informalidad.

El relevamiento realizado sobre acuerdos y convenios colectivos de trabajo que estipulan cláusulas sobre esta temática nos revela innovadoras disposiciones que los actores sociales han concertado para abordar la erradicación del trabajo no registrado en sus ámbitos de actuación. Encontramos así diversas estipulaciones, adecuadas a cada realidad económica, productiva y laboral de los variados sectores de actividad relevados. Estas cláusulas

incluyen declaraciones, comisiones mixtas, intercambio de información, presunciones convencionales, requisitos de contratación, mecanismos sancionatorios y responsabilidad solidaria.

Consideramos que la erradicación del empleo no registrado requiere ser abordada integralmente, sumando los esfuerzos y compromisos conjuntos de las asociaciones sindicales, los empleadores y el Estado. A partir del análisis de los instrumentos relevados podemos reafirmar que la negociación colectiva deviene en un engranaje central de este sistema, ya que se viabiliza como un canal efectivo para incorporar estrategias y políticas desde los actores de las relaciones laborales con el objeto de erradicar el trabajo no registrado y trabajar conjuntamente en la consolidación del empleo decente.

Trabajo sin registrar y una nueva alternativa: la acción de cumplimiento del contrato y el principio de estabilidad real

por **CÉSAR BECHETTI**⁽¹⁾ y **JUAN C. LOMBARDI**⁽²⁾

“(...) La civilización industrial no fue sólo la más agresiva y depredatoria de la historia en cuanto a su proyección sobre los márgenes o la periferia planetaria sino también en cuanto al respeto a la vida y dignidad humana en el propio centro (...) sacrificando masas humanas en el altar de la acumulación originaria de capital (...)”⁽³⁾

I | Introducción

El tema sobre el que nos hemos propuesto reflexionar, para esta nueva edición de Infojus, (una iniciativa de socialización del conocimiento, que debe señalarse casi como revolucionaria en los términos en que lo efec-

.....

(1) Abogado Laboralista. Postgrado en Derecho Notarial (Universidad Nacional del Litoral). Especializado en Derecho del Trabajo (Universidad de Castilla – La Mancha. España). Publicista. Docente invitado de postgrado. Representante de trabajadores y asesor sindical.

(2) Abogado Laboralista. (Universidad Nacional de Rosario). Especializado en Derecho del Trabajo. Representante de trabajadores y gremios. Autor de numerosos libros y artículos de la especialidad. Conferencista y publicista.

(3) ZAFFARONI, EUGENIO R., *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, 1989, p. 54.

tuaba en la presentación inicial el Secretario de Justicia de la Nación, Julián Álvarez, siguiendo a Foucault); tiene por finalidad, lanzar al ruedo una reflexión desafiante, una estrategia provocativa en el combate contra el empleo sin registrar.

El trabajo nace, sin embargo, como esta obra de Infojus, como el producto de la construcción colectiva, de la socialización del conocimiento, de aquella idea que prohijara el maestro Moisés Meik, en virtud de la cual el único conocimiento válido es el socialmente compartido.

Nace como la amalgama de ideas, largos debates jurídicos en torno a la estabilidad real en el trabajo, como la necesidad de romper con los rígidos moldes del razonamiento en que nos han encorsetado desde el pensamiento jurídico tradicional, por las usinas ideológicas⁽⁴⁾ funcionales al poder empresario.

Reconoce, empero, muchas paternidades mediatas e inmediatas. Tributa a los grandes maestros que nos preceden en la defensa del principio de *estabilidad real* en el trabajo, y la crítica al sacrosanto dogma de la “estabilidad relativa impropia”, como quintaesencia del Derecho del Trabajo; el que, hasta no hace mucho tiempo atrás, no debía ser colocado en cuestionamiento, bajo sanción de herejía jurídica, en cabeza de aquel que osara tal cometido.

Aún hoy, autores que provienen de una vertiente más afín al pensamiento jurídico crítico, para no utilizar el impreciso término de progresista, denostan, algunas de las premisas que aquí establecemos como sentadas, particularmente aquella en torno a la cual, en virtud del carácter autoaplicable del Derecho Internacional de los DDHH, se puede predicar, en nuestro derecho interno, que el obrero tiene, frente al despido *ad nutum* o incausado, el derecho a optar entre la sanción indemnizatoria o la reinstalación en el trabajo, como consecuencia de la nulidad absoluta del despido incausado.

Es esta una de las premisas que utilizaremos en la construcción de la argumentación del presente trabajo, razón por la que, volveremos a continuación.

(4) El término “usinas” está tomado en el mismo sentido que lo utiliza el Dr. Raúl Zaffaroni, en su obra antes citada.

La otra de las premisas es aquella que postula que el contrato de trabajo, es un contrato, y como tal, el obrero contratante en el marco de un contrato que es tan contrato como cualquier otro, con las particularidades propias del mismo legalmente intervenido a favor del débil, tiene todos los derechos que tiene cualquier otro contratante en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Con estas premisas, nos permitimos sugerir o, mejor dicho, proponer una reflexión provocativa sobre una estrategia particular de combate contra el trabajo no registrado. Una estrategia individual, que no prescinde del abordaje de la problemática por parte de la autoridad administrativa del trabajo o de la imprescindible lucha a través del actor colectivo⁽⁵⁾; sino que, por el contrario, pretender articularse en paralelo a las mismas, y no desde un lugar prescindente o en ausencia de ellas.

2 | Situación del trabajador no registrado

El obrero sin registrar puede permanecer, según nos lo indica nuestra propia experiencia, largo tiempo en esa condición, sin reclamar la inscripción y/o registración de su contrato.

Permanece en situación de clandestinidad registral, en situación de fraude a la ley laboral, tolera esta situación, por temor a la represalia, que en un sistema en que las agencias judiciales y las usinas ideológicas de transmisión del conocimiento, se han ocupado de adjudicarle eficacia extintiva al despido, no obstante su carácter de ilícito, teme que dicha conducta termine con su trabajo. Como señala agudamente Moisés Meik⁽⁶⁾, el

(5) La dimensión de la importancia del actor colectivo, resulta imprescindible por cuanto, como bien señala David Duarte, es la verdadera forma de lucha contra la opresión y porque, en definitiva, es la última trinchera de resistencia del obrero, en forma organizada, cuando la norma heterónoma, subproducto de la democracia representativa de los intereses de la burguesía, se torna, por regresión, o por falta de progresión, en un embate a los derechos conquistados por las "luchas y reivindicaciones" al decir del maestro Luigi Ferrajoli.

(6) MEIK, MOISÉS, "El sano juicio. El largo debate sobre irrenunciabilidad, indisponibilidad de derechos, imperatividad normativa y orden público laboral", *Revista Crítica de Derecho Social* N° 3, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 1999: "El sujeto sometido a esa medida, por su estado de necesidad, conciente de su impotencia y desigualdad negocial, posterga, inhi-

trabajador en esta situación posterga su reclamo, porque se representa traslúcidamente la posibilidad del despido, en un sistema en el que no habría de poder desmontar la eficacia extintiva del despido. Despido que también se representa como un acto de poder omnímodo, *brutal*⁽⁷⁾, desde el punto de vista sociológico; y agregamos: lesivo de un derecho humano fundamental desde el punto de vista normativo; un hecho, en definitiva, que, desde la perspectiva del sujeto víctima se revela como “descomunal, violento y despótico”⁽⁸⁾.

La *praxis* cotidiana, impuesta —para nada inocente— desde diversos sectores, nos ha indicado que el obrero, en esta situación, si el contrato aún no se ha extinguido, debe intimar su registración, en los términos y siguiendo las formalidades previstas en la ley 24.013; ingresando en un laberinto de formalidades, para lo cual no deberá olvidar ninguna de ellas si luego pretende activar el reclamo de las, denominadas, multas (a contrapelo del propio texto de la norma que habla de “indemnizaciones”). Así no deberá olvidar que la intimación debe portar la declaración de todos los datos exigidos en el art. 8 y cc. de la citada norma, que la intimación deberá cursarse por treinta días, que dentro de las 24 horas deberá erigirse en agente de figoneo impositivo —remitir copia al organismo recaudador, art. 11, ley 25.345—, un laberinto en el que no deberá extraviarse, de lo contrario, no podrá reclamar el agravamiento indemnizatorio previsto en la norma.

.....
be, su natural y lógica expresión de desaprobación del hecho que lo perjudica. Su conciencia, su sano juicio, le permite comprender traslúcidamente el daño que le ha ocasionado desde su sitio de poder fáctico, el empleador. Calla por impotencia. Resulta un despropósito considerar esa muestra de impotencia como una normal o regular manifestación de la autonomía de la voluntad. El trabajador “silencia” su repudio, su condición objetiva de agraviado, frente a un cambio sustancial que le fue impuesto y que el dañante consumó en forma gratuita. El trabajador lo padece sin respuesta ostensible, por riesgo de sufrir un mal mayor, el despido, que no puede dejar de representarse como una amenaza implícita, en un sistema legal donde la segregación definitiva e incausada del trabajador, si bien es considerado un hecho ilícito, adquiere plena eficacia extintiva. El trabajador no podría jurídicamente, obtener un pronunciamiento que desmonte la eficacia de esa segregación patronal segregatoria. No podría rescatar la vigencia del contrato y la consiguiente regularización de las prestaciones inherentes al mismo”.

(7) La calificación de “brutal” corresponde a la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la O.I.T. con motivo de la interpretación del Convenio N° 158.

(8) MEIK, MOISÉS, “El derecho al trabajo proyectado como un derecho fundamental de protección contra el despido arbitrario”, en *El Derecho del Trabajo y la Constitución Nacional*, ponencia a las XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Laboral, Asociación de Abogados Laboristas, Mar del Plata, 2008; pp. 147 y ss.

Y que luego de transitar dicho laberinto, frente a la casi segura y frecuente negativa del contrato por parte del empleador, sólo puede romper el contrato, rescindir el vínculo y reclamar una serie de indemnizaciones, que también se encuentran predisuestas, tarifadas de antemano, en una lógica absolutamente funcional a la previsibilidad del capital⁽⁹⁾. El obrero debe romper el contrato y, al final del camino, de la ruptura, se encuentra con la tarifa como premio, otro de los sacrosantos dogmas que ha instalado el discurso jurídico: el carácter transaccional de las normas del derecho del trabajo, y la consiguiente imposibilidad de cuestionar su lógica.

El premio que el universo normativo le otorga al obrero, por haber transitado correctamente este camino, es la tarifa, que, ahora, excede la menzuada del art. 245, y le añade, generosamente —siempre y cuando logre acreditar la existencia del contrato de trabajo— otras indemnizaciones, también tarifadas y predisuestas; las que, seguramente ya habrán sido presupuestadas por la lógica empresaria, tendrán su lugar en algún rubro del estado de resultados.

Es decir, en buen romance, el obrero sin registrar, como asimismo todo el camino transitado por el mismo tendiente a obtener la registración, ha podido ser prolijamente previsto por la lógica economicista de la empresa, reducida a un *item* en el estado de resultado.

Se puede advertir que esta lógica de garantía del trabajador sin registrar, o si se prefiere, estos mecanismos diseñados con el explícito y confesado propósito, desde la exposición de motivos de la ley 24.013 y de sus sucesivas y análogas reformas; no puede tener, al menos en términos generales, impacto sobre el empleo sin registrar.

Proponemos en estas reflexiones, otra estrategia, cimentada sobre la base del cuestionamiento de los dogmas básicos sobre los que se ha estructu-

(9) Resulta altamente revelador, como ha señalado el Dr. Juan Lombardi, que la reforma por la regla estatal de la dictadura, que mutiló la enorme obra del enorme Norberto Centeno —derogó 27 y modificó 92 artículos de la originaria LCT—; no haya, sin embargo, tocado el art. 245, que comprendía absolutamente funcional a la lógica de la previsibilidad de los costos, por parte de las empresas. Ello sin perjuicio de otras críticas que, en diferentes latitudes, puedan efectuarse al art. 245 LCT, como asimismo a su interpretación por parte del discurso jurídico tradicional, las que exceden el objeto del presente trabajo.

rado la difusión por parte del discurso jurídico, del derecho del trabajo, como veremos seguidamente.

La estrategia que proponemos, radica en que, frente al desconocimiento del contrato, en lugar de romper el mismo se reclame su cumplimiento efectivo. Que el obrero, luego de transitado el engorroso *iter* epistolar previsto en la ley 24.013, o alguno con análoga finalidad, que termina siempre con el consabido “niego relación de trabajo”, no rompa el contrato, no denuncie el vínculo, como ocurre regularmente frente a la negativa del contrato, sino que, en su lugar, reclame su cumplimiento, fundado en el art. 78 LCT, que coloca en cabeza del empresario una obligación fundamental de “dar trabajo”.

El lector desprevenido, a esta altura de la lectura, nos podrá efectuar una serie de objeciones argumentales, entre las cuales se nos podría advertir que la hipótesis antes planteada, exige romper —como señalamos— con algunos dogmas del derecho del trabajo y, por tanto, colocarse en el terreno de la provocación, de la herejía jurídica para el paladar estructurado de quienes no admiten la evolución del conocimiento jurídico por ésta anclados, encorsetados en lo que “la jurisprudencia tiene resuelto” o “la doctrina enseña desde siempre”⁽¹⁰⁾.

Esa es la idea, luego de formular a modo de breve síntesis, como premisas de razonamiento, determinadas formulaciones que han sido desarrolladas con mayor detenimiento en otras oportunidades, proponer un camino alternativo a la ruptura contractual frente a los casos de trabajo sin registrar; concluiremos de esta manera, reiteramos, que el obrero, al final del camino epistolar por el que intima la registración, no debe sumergirse necesariamente en el oscuro final de la ruptura contractual, lo que implica validar la lógica de la violación del derecho fundamental al trabajo, y que lo reconduce a la lógica transaccional de pedir, de pretender un resarci-

(10) El Dr. Jorge Peyrano refleja irónicamente este modo de pensar de los hombres de derecho, que más que un modo de pensar se traduce en un modo de estar y ser en la vida, en un antiguo artículo de su autoría que comienza con una poesía de Alfonsina Storni: “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en La Ley 1991-B, 1034: “Casas enfiladas, casas enfiladas, casas enfiladas cuadradas, cuadradas, cuadradas. Casas enfiladas. Las gentes ya tienen el alma cuadrada, ideas en fila y ángulo en la espalda. Yo misma he vertido ayer una lágrima, Dios mío, cuadrada”. También el maestro Mosset Iturraspe se quejaba de la falta de apertura de los juristas, de la reacción adversa a todo cambio, apegados nostálgicos a lo que enseñaban Domat y Pothier.

miento, de mayor o menor cuantía, pero siempre tarifado y reconducido a una indemnización predeterminada, tasada, tarifada. Una solución para la empresa, y la resignación del trabajador al ver violado su derecho fundamental al trabajo.

Proponemos romper esta lógica y reclamar el cumplimiento del contrato, con fundamento en lo normado por los arts. 78 LCT y 505, inc. 1 del Código Civil.

Es evidente que esta propuesta nos coloca en una perspectiva de análisis absolutamente diversa de la que estamos acostumbrados. Exige, como señalamos, destruir dogmas que llevan decenas de años instalados prolijamente por el discurso jurídico de las agencias, exige pensar el derecho del trabajo desde otra perspectiva, cuestionar mitos. Pero es necesario advertir, aunque sea por el camino del análisis a la luz de los resultados, que acometer el combate contra el trabajo sin registrar, sumergidos en las estrategias utilizadas hasta el presente, en la que, los abogados laboristas y los operadores del derecho en general, nos encontramos al final del camino liquidando indemnizaciones tarifadas, es, en algunos casos equivocar gravemente la estrategia. Hemos pretendido combatir a la lógica del capital empresario, como niños con contadores de sumas y restas, de esos que se utilizaban en los primeros grados de la escuela primaria. Hemos pretendido defender los derechos fundamentales del trabajador, su inherente dignidad, y el derecho a un trabajo que el derecho internacional de los DDHH, califica y exige que sea "digno", con indemnizaciones más o menos elevadas. En suma, hemos pretendido combatir al capital, en defensa del trabajo digno, con mecanismos que lejos de inquietarlo, refuerzan su lógica conveniencia.

Desarrollaremos a continuación nuestra propuesta, que, tal como la sintetizamos, radica en proponer que el obrero, luego de finalizado el camino de intimación registral, en lugar de romper el contrato exija judicialmente su cumplimiento a través de un proceso de conocimiento, declarativo de la existencia del contrato y de condena a registrar el mismo, dar trabajo efectivo y, en su caso, con la condena accesoria al pago de los salarios de tramitación o salarios caídos.

Desarrollamos a continuación los argumentos sobre los que se funda nuestra propuesta.

2.1 | El derecho al trabajo, la nulidad del despido incausado y el derecho a la readmisión en el empleo

La primera objeción que se nos puede plantear es que, en un sistema proclamado como de “estabilidad relativa impropia”, en virtud del cual el despido como acto jurídico, no obstante su carácter de ilícito, adquiere plena eficacia extintiva del contrato, y por lo tanto, la víctima no podría obtener un pronunciamiento judicial que desmonte la mentada eficacia rupturista.

Si ello es así, el empleador, que no estaría obligado a reinstalar al trabajador despedido, menos aún, se encuentra obligado a cumplir el contrato y dar trabajo efectivo en los términos del art. 78 LCT, si no está obligado a reinstalar. El argumento en estos términos parece, a primera vista, tener cierta virtud lógica por aplicación del principio *a maiore ad minus* (quien puede lo más, puede lo menos); es decir, el empleador que puede despedir sin causa, puede negarse a cumplir un contrato, que, una vez probada la existencia, exigiría la reinstalación así pretendida por el trabajador; prestación que sería incompatible, por hipótesis, con el mentado régimen de estabilidad relativa impropia.

Podríamos sortear con éxito esta objeción, si reparamos que en la hipótesis en la que nos encontramos —trabajo sin registrar—, el empleador no ha despedido, se ha limitado a negar el contrato; por tanto, no podría esgrimir frente a una sentencia que lo condena a la obligación de hacer (registrar el contrato) y a la obligación de dar (suministrar trabajo efectivo) la eficacia extintiva del acto rupturista del despido, sencillamente porque jamás ejerció tal poder, lo que hubiera significado una verdadera contradicción *in abjecto*: cómo podría admitirse la validez subsidiaria de un acto de despido, que presume la existencia de un contrato de trabajo, si quien pretende ampararse en dicho argumento previamente ha negado la existencia misma del contrato.

Pero, ello importa soslayar el debate de fondo, aquel que hunde la daga hasta los mismos cimientos del derecho del trabajo, y que reconduce al análisis de la *estabilidad real*⁽¹¹⁾ en el trabajo, deslegitimando y contradiciendo el dogma de la estabilidad relativa impropia.

(11) Hablamos de estabilidad real —siguiendo la terminología del derecho español—, soslayando deliberadamente la tramposa clasificación entre estabilidad absoluta y estabilidad

Oportunamente, hemos sostenido que el despido *ad nutum* es un acto nulo de nulidad absoluta, que en nuestro sistema jurídico interno le confiere al trabajador-víctima la opción entre la indemnización tarifada que contempla la norma infraconstitucional (art. 245 LCT) o la readmisión efectiva en el trabajo.

Afirmamos que dicha conclusión surge de lo normado a texto expreso por el art. 7, d) del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante Protocolo de San Salvador, y de lo normado por el art. 6. 1 del PIDESC y la interpretación que del mismo ha efectuado la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano de interpretación del PIDESC.

Lo hemos sostenido en reiteradas conferencias, y reclamado en diversas demandas que tramitan actualmente ante el fuero laboral de la ciudad de Rosario⁽¹²⁾.

Asimismo, lo sostuvimos en la tesis⁽¹³⁾:

- a. "(...) El despido sin justa causa es un acto ilícito, violatorio e incompatible con los derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad en el empleo; y por tanto nulo e ineficaz.
- b. El respeto por estos últimos, como asimismo por elementales exigencias derivadas de principios básicos de un Estado Social de Derecho, exigen restar eficacia extintiva al despido incausado o *ad nutum*.

.....
relativa, que de tan relativa y de tan impropia, termina siendo la negación misma de la estabilidad. Porque, como bien señalaba el maestro Capón Filas, se es estable o no se es. Del mismo modo que no se puede estar un "poquito embarazada"; no se puede tener, un poquito de estabilidad. La estabilidad en el trabajo es real, con todas sus consecuencias, o lisa y llanamente no es estabilidad. Por tanto, escapamos de la trampa del lenguaje antes mencionada, para referirnos directamente a la estabilidad real.

(12) LOMBARDI, JUAN C.; su demanda – modulo; como planteo judicial pretendiendo la nulidad del despido incausado y la reinstalación del trabajador ha circulado en reiteradas oportunidades por la red Grupo 14 bis, dirigido por Antonio J. Barrera Nicholson.

(13) BECHETTI, CÉSAR, "La nulidad del despido incausado como sanción impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Tesis de Postgrado en: *Trabajo y Derechos Fundamentales*, ed. Inédita, Universidad de Castilla, La Mancha, Campus de Toledo, España, Enero de 2010.

- c. En estos casos, la sanción es, a opción de la víctima (el trabajador), la ineficacia con reinstalación, o una indemnización sustitutoria; sin defecto de la reparación integral de los daños en los casos que corresponda.
- d. Que este principio se formula con fundamento en lo preceptuado por el art. 7, #d., del Protocolo de San Salvador, interpretado en forma sistémica con los demás textos internacionales citados y la doctrina de los organismos internacionales.
- e. Que este principio se formula además, como derivación de principios básicos de la teoría general del Derecho de los Derechos Humanos y por tanto se expone como conclusión válida para todos los ordenamientos constitucionales (...)"

Obviamente que la defensa argumental de esta conclusión excede el objetivo que nos hemos planteado en este trabajo, por lo que nos remitimos a los trabajos antes citados; sin embargo, aquí señalamos a modo de breve síntesis que la conclusión expuesta se asienta, sin mayores esfuerzos argumentales, en lo normado expresamente en el art. 7., d. del Protocolo adicional de San Salvador, que textualmente preceptúa:

"Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

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;

Oportunamente también, hemos sostenido que esta conclusión que surge de lo normado a texto expreso por la norma del Protocolo, resulta abonada por elementales razones de teoría general del derecho⁽¹⁴⁾:

(14) BECHETTI, CÉSAR, op. cit.

"(...) 1.b.- El despido no es un derecho, sino la excepción a un derecho.- La descalificación del despido que realizan los textos constitucionales, al mandar proteger contra el despido arbitrario, es una evidencia clara que el mismo no puede ser considerado un derecho; sencillamente porque no puede considerarse que existe un derecho a cometer un acto ilícito, a violar la Constitución; cuando ésta justamente ha rodeado al derecho de una protección contra tal acto. Esta conclusión que se desprende de los desarrollos efectuados en nuestro medio con diversas conclusiones por Justo López y Rodolfo Capón Filas, a las que nos referimos en el capítulo siguiente, ha sido sistematizada por Ermida Uriarte⁽¹⁵⁾ señalando con acierto que, si uno realiza un análisis exhaustivo de las normas *ius* fundamentales (provenientes de la fuente constitucional e internacional); no encuentra una sola referencia, siquiera implícita a un supuesto e inexistente derecho a despedir. En cambio, como señala Ermida, en esa búsqueda de alguna referencia a un supuesto derecho a despedir, el operador jurídico tropieza una y otra vez, reiteradamente, con la consagración del derecho fundamental al trabajo y a la estabilidad en el empleo. La conclusión es forzosa: el despido no es un derecho sino la excepción a un derecho. Afirmar ello supone y conlleva, a su vez, paralelas consecuencias que vienen a trastocar los esquemas tradicionales en que se asentó la construcción del despido por parte de toda la dogmática tradicional: la primera consecuencia que se deriva del carácter excepcional, es que, como todo instituto de excepción, por un principio básico de teoría general del derecho, es de interpretación restringida. La segunda consecuencia es que, por tanto, dado su carácter excepcional, el mismo, para su validez y eficacia, requiere de causa de justificación. La norma en la que fundamos nuestra tesis, el art. 7, d., del Protocolo de San Salvador, lo señala con diáfana claridad al aludir, *expressis verbis*, a la existencia de justas causas de separación. El acto que no tiene causa de justificación no puede ser válido y eficaz, en orden a la dimensión del

(15) ERMIDA URIARTE, OSCAR, Conferencia sobre "Los Derechos laborales, como Derechos Humanos", Postgrado "Trabajo y Derechos Fundamentales", versión desgrabada inédita, Universidad de Castilla, La Mancha, Campus de Toledo, viernes 22 de Enero de 2010.

respeto a los derechos fundamentales que exige todo Estado social y democrático de derecho (...)."

La perspectiva de los principios de la teoría general del derecho, que de ningún modo pueden estar ausentes en el tema bajo análisis, por el contrario, debe integrar la visión puramente normativista, prisma desde el cual se concluye claramente en el citado cambio de paradigma, como bien lo señalara hace algunos años Diana Cañal⁽¹⁶⁾, ocupándose del tema bajo análisis.

Por lo expuesto sintéticamente, no caben dudas de que en el actual sistema infraconstitucional, el obrero tiene derecho a pretender la nulidad del despido incausado, con opción a favor de la víctima, por la reinstalación o una indemnización. Esta posición ha sido sostenida, con diversos argumentos, antes de ahora y en nuestro medio por maestros de la talla de Capón Filas, Meik y, más modernamente, aunque con otros argumentos por Pompa, Barrera Nicholson, Serrano Alou, entre otros. En el derecho del trabajo rioplatense debe destacarse que esta posición fue enfáticamente defendida por los queridos maestros Ermida Uriarte, Helios Sarthou, en el Uruguay; Rendón Vázquez en Perú, postura que recibió tempranamente el espaldarazo jurisprudencial por parte del Constitucional Español⁽¹⁷⁾ y, más modernamente, por el propio Tribunal Constitucional del Perú en la causa citada en la tesis⁽¹⁸⁾.

Esta óptica ha sido criticada aun por juristas que adscriben a un pensamiento crítico, como el profesor Daniel Machado⁽¹⁹⁾, quien no obstante reconocer la necesaria defensa del derecho al trabajo, en términos que superen la tradicional proclama del mentado dogma de la estabilidad relativa impropia, afirma no obstante que no le parece "demasiado sólido"

(16) CAÑAL, DIANA, "Según Pasan las Cortes (El futuro de De Luca)", DT, 2006 – B- 998.

(17) Sentencia del Tribunal Constitucional Español, N° 22/1981, 7/4/1981; citado en, Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, p. 51.

(18) "Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Peru SAA y Fetratel c/ Telefónica del Perú SAA", Tribunal Constitucional del Perú, 11/07/2002

(19) MACHADO, JOSÉ D., "Estabilidad y Derecho 'al' Trabajo a la luz de los instrumentos internacionales", en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinza Culzoni, 2010 – 2.

que se pretenda fundar en la diáfana redacción del art. 7, d. del Protocolo de San Salvador un derecho inmediato en cabeza del obrero a la reinstalación; por cuanto la referencia a la “legislación nacional” contenida en la norma, importa que la misma “(...) a texto expreso, deja librado a que cada Estado mediante su normativa ordinaria establezca cuál es la intensidad y modalidad de protección que estime posibles o adecuadas a su realidad entre un menú de la alternativas (...)”. Disentimos abiertamente con esta interpretación restrictiva, recortada, menguada del texto internacional y que, en paralelo, nos parece que se aparta clara y abiertamente de la literalidad de la norma.

En efecto, el art. 7, d. del Protocolo adicional afirma *expressis verbis*, en forma asertiva y de modo que no deja lugar a dudas, luego de asentar el derecho a la estabilidad real, que el obrero, en caso de violación de la mentada estabilidad, “tendrá derecho (...)”, para luego asignar, la propia norma, el objeto del mentado significante tendrá derecho:“(...) a la readmisión en el empleo (...)”.

No se necesita mayor esfuerzo interpretativo para extraer claramente que, la mención a “cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”, colocada luego de la conjunción “o”, refiere a otros posibles significados mentados relativos al significante “tendrá derecho”; y de ninguna manera importa que la norma del Protocolo condiciona la vigencia real y efectiva de la readmisión en el empleo, a la reglamentación nacional. Una conclusión tal, como la postulada por el distinguido jurista santafecino⁽²⁰⁾, importa apartarse de la literalidad misma de la norma, que, insistimos, reporta una claridad diáfana al utilizar el significante “tendrá

(20) MACHADO, JOSÉ D., op. cit. Llama la atención la afirmación de este lúcido jurista, quien luego de admitir que la interpretación es gramaticalmente posible, le parece políticamente extravagante, cimentando dicha conclusión en que ninguno de los países que ha ratificado el Protocolo, admite la triple opción en sus ordenamientos internos. Un argumento tal, desconoce principios elementales de interpretación del más moderno Derecho Universal de los DD.HH., que hemos citado siguiendo a Ermida Uriarte, Gialdino, entre otros —de otro modo no se explica cómo una interpretación que resulta ser “amplia de los derechos” conferidos por las normas puede resultarle políticamente extravagante—. Pero además, como el propio autor lo reconoce, se aparta de lo normado expresamente por el texto internacional, que, por conducto del bloque de constitucionalidad es tan derecho, como el ordenamiento infraconstitucional; por tanto, el argumento parece viciado por una falacia de petición de principios, falacia argumental que nace cuando se desconoce carácter autoaplicable e inmediatamente

derecho”, en forma asertiva y luego atribuirle, de modo tal que no cabe duda del objeto de dicho derecho, *la readmisión en el empleo*. Y la posterior referencia a la legislación nacional —agitada como argumento para desactivar el derecho a la readmisión—, no significa que se le confiera a la legislación infraconstitucional, la posibilidad de insertar una opción entre lo que el propio intérprete denomina un menú de alternativas; sino que, a la inversa, *expressis verbis* indica que a dicho menú de alternativas, el obrero tiene derecho —además y no en lugar de— a “cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Se advierte, a nuestro juicio, claramente, que la interpretación postulada por Machado, con la que disentimos, incurre en uno de los vicios de interpretación de la ley, que acertadamente Barrera Nicholson ha calificado como de vicio de interpretación que “modifica el texto de la ley”⁽²¹⁾.

Por lo demás, dicha interpretación, incurre en otro vicio paralelo, por cuanto desconoce el principio *pro homine* por mérito del cual, si algún resquicio de duda ofreciera la norma internacional cuando señala la expresa referencia a la readmisión en el empleo —duda que, insistimos, no existe por la claridad de la norma—; la misma no puede prescindir de un principio rector, dirimente, que dimana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuál es la norma *pro homine*, por virtud de la cual, en la interpretación de una norma que contiene la atribución de un derecho humano debe asignársele el significado que conduzca a la mayor tutela, a la expansión del derecho tutelado; y no a su restricción, lo que está resuelto a texto expreso en una pléyade de normas internacionales,

operativa a la norma del Protocolo; cuyas reglas de interpretación por lo demás, no son políticas, sino estrictamente jurídicas (ver arts. 31 y ss. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados —la mención al “objeto y fin” de los tratados no deja dudas sobre la absoluta pureza técnico-jurídica de las reglas de interpretación de los mismos—, arts. 1 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre muchas otras normas que sientan reglas de interpretación de los Tratados sobre derechos humanos y que han sido expuestas sistemáticamente por Gialdino en los trabajos reiteradamente citados en esta colaboración).

(21) BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J., “Hacia un nuevo paradigma en la interpretación del Derecho Del Trabajo”, Ponencia en las Jornadas celebradas por la Fundación 14 bis, en Rosario, julio de 2010: “En otros casos la interpretación de la norma directamente modifica su texto, ello sin explicación ni justificación alguna”.

prolijamente sistematizadas por Zas y Gianibelli⁽²²⁾; y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, va a sostener a texto expreso en su considerando 156. Importa detenerse en esta Opinión Consultiva, por cuanto la doctrina internacionalista⁽²³⁾ le va a adjudicar efectos revolucionarios, en materia interpretativa de normas del derecho Universal de los DDHH, al influjo del notable jurista brasileño Antonio Cancado Trindade. Dicha opinión consultiva, produce una profunda revolución y convulsión en el sistema de reglas, fuentes, aplicación y articulación del Derecho Interno con el internacional, al establecer y resolver dos principios: El principio *pro homine* y la incorporación de la Doctrina de *Dritwirkung* del Tribunal Constitucional Alemán; y, en lo que al acotado marco de nuestra argumentación interesa, señala con categórica claridad: "156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente (...)".

Luego, ninguna otra reflexión resulta necesaria para refutar la interpretación que impugnamos, que, además de apartarse del texto expreso de la norma del Protocolo, prescinde de la regla del *pro homine*.

Sentada esta premisa, corresponde abordar lo que constituye el núcleo de este trabajo: la propuesta que, en los casos de trabajo sin registrar, el

(22) ZAS, OSCAR y GIANIBELLI, GUILLERMO, Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales, Ed. Bomarzo Latinoamérica.

(23) MIJÁNGOS y GONZÁLEZ, JAVIER, "La doctrina del *Drittwirkung* der Grundrechte en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Teoría y Realidad Constitucional N° 20, Publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2007.

obrero en lugar de romper el contrato, reclame su cumplimiento efectivo con fundamento en las normas infraconstitucionales previstas en los arts. 78 LCT y 505 inc. 1 del Código Civil.

3 | La obligación del empleador de dar trabajo (art. 78 LCT), y el derecho del obrero de reclamar el cumplimiento del contrato

Tal como lo adelantamos al comienzo de esta exposición, el grave incumplimiento contractual y la injuria que involucra el comportamiento empresario que, frente a la intimación registral desconoce la existencia del contrato, habilitan, obviamente, a romper el contrato; pero también a reclamar su cumplimiento efectivo. Es evidente que el obrero puede, en tal instancia, denunciar el vínculo generando sin óbice alguno las indemnizaciones ordinarias y agravadas previstas en el RCT y la Ley N° 24013. Sin embargo, la propuesta que articulamos, que defendemos, es que, el obrero en tal circunstancia, puede optar no obstante, y conforme lo habilita la normativa vigente y por los fundamentos que seguidamente exponemos, por reclamar el cumplimiento del contrato y articular las pretensiones que indicamos:

3.1 | Pretensión declarativa del contrato de trabajo y condena a obligación de hacer consistente en la dación efectiva de trabajo y reinstalación (art. 78 LCT). Derecho a trabajar

La LCT confiere al obrero el derecho a trabajar, una vez contratado, e impone, en paralelo, al empleador, la obligación de otorgarle ocupación efectiva. Si el obrero reclama, frente a la negativa de trabajo que usualmente se produce como respuesta o represalia frente a la intimación a registrar el trabajo o, mejor dicho, a registrar el contrato de trabajo (ver art. 7, ley 24.013); y el empleador no cumple con su obligación de dar trabajo efectivo, por silencio, negativa u omisión; correspon-

de al juez, disponer que la demandada le reintegre al trabajo —del que arbitrariamente se le privó—, con fundamento en lo normado por el art. 78 LCT.

Conforme a ello se pronuncia incluso la más calificada doctrina tradicional: Ensink⁽²⁴⁾, Livellara⁽²⁵⁾, Fernández Madrid⁽²⁶⁾, Ackermann⁽²⁷⁾, Maza⁽²⁸⁾ y Vázquez Vialard⁽²⁹⁾ CNT, Sala VII⁽³⁰⁾. Veremos más adelante que el art. 78 LCT, debe ser objeto de una reinterpretación dinámica, reformulada a la luz de la reforma Constitucional de 1994, y el giro copernicano que la introducción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone sobre dicha norma.

Al respecto, se impone precisar de manera liminar que dicha interpretación dinámica que postulamos, resulta pacífica jurisprudencia de nues-

(24) ENSINK, JUAN, *Ley de Contrato de Trabajo anotada*, Bs. As., 1974, p. 252: "El asalariado pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, el cual le abona una retribución en cambio de dicha prestación. De ahí surge que él no solo tiene el derecho, sino también el deber de dar trabajo a su dependiente".

(25) LIVELLARA, CARLOS A., "Deber de Ocupación", en *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, Jorge Rodríguez Mancini (dir.), La Ley, 2007, tomo II, p.988, y " El deber de ocupación del empleador ", en *Derecho Trabajo*, 1981, A, 599.

(26) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Bs. As., en *La Ley*, 1990, tomo II, p. 1100.

(27) ACKERMAN, MARIO E., "Poderes, derechos y deberes del empleador", *La Ley*, LXIV, p. 357.

(28) MAZA, MIGUEL Á., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", en *La Ley*, Bs.As., 2006, p.129: "(...) el deber contractual de dar ocupación consiste en recibir el aporte laborativo que compromete el dependiente".

(29) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, "Deberes y derechos de las partes en la Ley de Contrato de Trabajo", *Legislación del Trabajo XXIII*, A, p. 118 y *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, Bs. As., Astrea, 1988, p.184: "(...) acreditada la negativa del empleador a dar ocupación, el trabajador tiene derecho a reclamar por las consecuencias que surgen de esa actitud. Dado que una parte impide que la otra cumpla su prestación, puesta su capacidad a disposición de ella (que no la acepta) y probada esa circunstancia la última queda liberada temporariamente de cumplir su débito, bastando al efecto, la intimación practicada de la que surge la intención de satisfacerlo (...). Como consecuencia de la situación, el trabajador que no puede satisfacer su débito que constituye la condición normal para hacerse acreedor al salario (arg. art. 103 in fine LCT) tiene derecho a percibir una suma similar con sus acrecidos (plus), —y que se efectúen los aportes a cargo del empleador para el régimen jubilatorio, obra social, etc.— a la que le hubiera correspondido si el empleador se hubiera allanado a satisfacer su débito".

(30) Cámara Nacional Trabajo, Sala VII, 29/09/1987, "Navarro Alberto c. Astillero Ministro Manuel Domecq García S.A.", en *Derecho Trabajo*, 1988, A, 394.

tra CSJN y de nuestra más calificada doctrina. Múltiples y esclarecedoras hipótesis se pueden brindar al respecto, que reflejan cómo determinadas categorías jurídicas se han construido o, incluso, *mutatis mutandi* se han apartado en apariencia del mero texto literal de una norma, en base a una interpretación dinámica.

El propio texto constitucional ha sido objeto de dicha hermenéutica dinámica; método de interpretación que resulta aceptado incluso cuando por aplicación del mismo, la interpretación del texto, en apariencia entrara en contradicción con su propia literalidad. Así, por ejemplo, en materia administrativa, el reconocimiento y admisión de la constitucionalidad de los entes autárquicos, mucho antes de su constitucionalización, fue el fruto de una interpretación dinámica frente a la necesidad de proveer a una administración pública más compleja⁽³¹⁾. Un notable jurista de lustre internacional y actual miembro de la CSJN, el maestro Zaffaroni, postulaba mucho antes de la reforma Constitucional de 1994, que la pena de muerte era inconstitucional en todos los casos y no sólo por causas políticas como se desprendía del texto literal de la Constitución de 1853/60⁽³²⁾.

A la luz de ello, se impone un giro hermenéutico superlativo que, sobre la base de una interpretación dinámica de la norma, le otorgue un contenido acorde al nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De acuerdo con ello, además, resulta insoslayable dar cuenta que la más moderna doctrina y jurisprudencia, imponen una nueva concepción sobre la estabilidad en el empleo que conduce a sostener y privilegiar el cumplimiento en especie del contrato de trabajo, tal como lo relacionamos seguidamente.

(31) BIELSA, RAFAEL, *Tratado de Derecho Administrativo*.

(32) ZAFFARONI, EUGENIO R., *Manual de Derecho Penal*, Ed. Ediar, 1991, p. 659: "No obstante, en este como en muchos otros aspectos la CN, no puede ser interpretada de manera estática y petrificada. A la interpretación estática se opone una interpretación dinámica del texto constitucional, es decir, una interpretación progresiva, que en modo alguna implica una interpretación libre del mismo, sino su entendimiento conforme a los conocimientos y a las valoraciones éticas que van mutando como resultado ineludible de la dinámica social, que son fenómenos inherente a lo social, pues la sociedad humana es eminentemente dinámica, sin concebirse una sociedad humana estática por muy escaso que sea su calor histórico. Ni la CSJN, ni nuestros juristas han interpretado la Constitución en forma estática".

3. 2 | Inconstitucionalidad de la interpretación negativa del art. 78 LCT

No obstante lo dicho arriba, existe una minoritaria interpretación negativa del derecho a trabajar, expresada en cierta jurisprudencia y doctrina.

Así, un viejo fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires⁽³³⁾ expresa:

“el dependiente no tiene derecho a exigir judicialmente al empleador el cumplimiento del deber de ocupación efectiva conforme al art. 78 de la LCT, porque en el supuesto de incumplimiento injustificado o injurioso del principal de su obligación contractual de otorgar tareas sólo le asiste, invocando tal circunstancia, la posibilidad de colocarse en situación de despido indirecto en los términos del art. 242 de la misma”.

En igual sentido, hace varias décadas el profesor Uruguayo Plá Rodríguez sostuvo que normas como las consagradas en el art. 78 no consagraban una obligación de hacer, que la reinstalación en el puesto no corresponde a una obligación de hacer que integre el contrato de trabajo. Que el empleador está obligado a abonar una remuneración, lo que constituye una obligación de dar, y que cuando el trabajador pone la fuerza de trabajo a disposición del empleador puede reclamar el cumplimiento de la obligación de dar (abonar los salarios), pero que ello no debe confundirse con la pretensión de la obligación de hacer que legitima la reinstalación⁽³⁴⁾.

Dichas interpretaciones son, en el actual contexto jurídico, atravesado e incoordinado por la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, inaceptables por inconstitucionales.

En tal contexto, por tanto, quedan dos caminos: aceptar esa inteligencia restrictiva de la norma y, en tal caso, declarar su inconstitucionalidad, o, como bien tiene resuelto pacíficamente la doctrina de la CSJN, en materia de hermenéutica jurídica, entre dos interpretaciones posibles de una norma, cabe estar a aquella que compatibiliza su sentido con la Constitución.

(33) SCJ de Bs. As., “Lencina Francisco c. Frigorífico Meatex S.A.” del 27/12/1991, Trabajo y Seguridad Social, 1992, p. 411.

(34) PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Principios de Derecho del Trabajo*, p. 178.

Veremos cómo este último camino aborda Cornaglia, contestando las interpretaciones restrictivas.

Como señalamos, dicha doctrina resumida en el fallo precitado de la Corte de Buenos Aires, pero que es la expresión de un sector de las usinas ideológicas doctrinarias, es inconstitucional, repugnante a principios elementales incoordinados en nuestra Carta Magna, por:

1- violentar el principio de igualdad: en el actual contexto de la evolución jurídica, no se puede sostener seriamente que el obrero no tenga iguales derechos a todos los contratantes de la República Argentina y que, por tanto, no puede ser discriminado por su sola condición de trabajador.

2- el principio de progresividad: Constitución Nacional⁽³⁵⁾, Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica⁽³⁶⁾, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽³⁷⁾;

.....

(35) Art. 75, inc. 22: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

(36) "Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, aprobada por la República Argentina por Ley 23.054", L.A., 1994-B-1615, art. 26: (Desarrollo progresivo). Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

(37) "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, Asamblea General", Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 3 de enero de 1976, aprobado por la República Argentina por ley 23.313 (B.O.13/05/1986, L.A., 1986-A-3), art. 2 : "Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Principios de Montreal sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres⁽³⁸⁾; CSJN "Aquino"⁽³⁹⁾, Gialdino⁽⁴⁰⁾; Cornaglia⁽⁴¹⁾, Giani-

(38) Diciembre 2002, art.26: Medidas Regresivas. La adopción de medidas regresivas que reduzcan o restrinjan el acceso o goce de los derechos económicos sociales o culturales por parte de las mujeres constituye una violación.

(39) CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo": "Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se 'compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos' (art. 2.1). La norma, por lo pronto, 'debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata'". (...) De su lado, el Consejo Constitucional francés, con referencia a los objetivos de valor constitucional, tiene juzgado que, aun cuando corresponde al legislador o al Gobierno determinar, según sus competencias respectivas, las modalidades de realización de dichos objetivos y que el primero puede, a este fin, modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas proclamadas con anterioridad, esto es así en la medida en que no se vean privadas las garantías legales de los principios de valor constitucional que dichas disposiciones tenían por objeto realizar ("Décision n° 94-359 DC del 19-/01/1995", Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel, París, Dalloz, 1995, pp. 177/178, párr. 8). Es esta una muestra de la jurisprudencia llamada du cliquet (calza que impide el deslizamiento de una cosa hacia atrás), que prohíbe la regresión, mas no la progresión.

(40) GIALDINO, ROLANDO E., "El derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud", en *Investigaciones* 3, 2001, Secretaria de Investigación de Derecho Comparado de la CSJN, pp. 493/537 y del mismo autor: Dignidad, Justicia Social, Principio de progresividad y Núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social.

(41) CORNAGLIA, RICARDO: "La constitucionalización del principio de progresividad", T.XVII, 6/2003, DEL, nro. 214, pp. 487 y ss. y "El ataque al principio de progresividad", DEL, T.VII, pp. 175 y ss. y "Derecho Colectivo del Trabajo- Derecho de la negociación colectiva", Bs. As., La Ley, 2007, pp. 50 y 51: "las situaciones son más beneficiosas a partir del cotejo del pasado con el presente, se hace a partir de dos normas que crean condiciones. La regla en sí, se sustenta en el principio de progresividad. Responde al criterio que obliga a respetar el estándar de derecho alcanzado en la protección, que opera a partir de rescatar un estado de desposesión. Esta forma de elegir en el tiempo la condición más beneficiosa a partir de dos normas, podría ser también conceptualizada como la selección normativa más favorable, a partir del fin general procurado por el derecho del trabajo. Deslegitima la sanción de normas que afecten regresivamente las condiciones asumidas. Debe admitirse al mismo tiempo, que en la comparación temporal también se pueden entrelazar las normas de cualquier jerarquía. La jerarquía de las fuentes queda equiparada, en la medida en la que se traducen en la legitimación de las condiciones producidas. El estándar alcanzado y legitimado puede ser flexibilizado para el progreso de los trabajadores por cualquier fuente que alcance a un estándar individual o colectivo. Conseguido el estándar de protección, por el individuo en su contrato, o por la categoría profesional en su ámbito, y con referencia a los contratos que comprende: la norma nueva, de alcanzar mayor intensidad de protección, se aplica en forma

belli y Zas⁽⁴²⁾, Barrera Nicholson⁽⁴³⁾, Abramovich y Courtis⁽⁴⁴⁾; Suárez Gallo y García Vior⁽⁴⁵⁾.

La propia CSJN ha derivado dicho principio de progresividad del art. 14 bis CN y aun desde el mismísimo derecho de propiedad en la concepción decimonónica.

Como bien señala Zas, al ocuparse de la nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación efectiva, las usinas ideológicas del poder empresario suelen aludir al derecho del empleador de despedir incluso sin expresión de causa con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización⁽⁴⁶⁾, como argumento enervante de cualquier sistema de estabilidad real. Criterio que se esgrimiría, como argumento enervante de la interpretación que postulamos en torno al art. 78 LCT; y que sería esgrimido, sin duda, para enervar la pretensión de cumplimiento en especie reclamada en base al art. 78 LCT. Contra dicho argumento, caben todas las réplicas efectuadas al mencionado argumento del supuesto e inaceptable "derecho a despedir".

.....
inmediata, a las situaciones en curso. De ser de inferior intensidad de protección, queda desactivada por la norma anterior, cualquiera sea la fuente a la que ella se deba. Esto imprime al orden público laboral su característica de inderogabilidad relativa y unidireccional. Aunque la Constitución sólo dice que las leyes laborales vendrán a asegurar derechos protectores, el concepto es válido para todas las fuentes normativas. Y en especial, es válido para la voluntad de las partes (en el contrato o en el ejercicio unilateral de autolimitación de los poderes del empleador) que, en lo que hace a la consagración de la legitimación de poderes para los trabajadores, crea condiciones beneficiosas tan válidas, como lo puede hacer la ley o el convenio colectivo, para dar dos ejemplos".

(42) GIANIBELLI, GUILLERMO y ZAS, OSCAR, "Estado Social en la Argentina: Modelo Constitucional y divergencias infraconstitucionales", Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, Ed. Del Puerto, 1997, T.1, pp. 159 y ss.

(43) BARRERA NICHOLSON, ANTONIO, "Tres casos de despidos nulos: en fraude a la ley, discriminatorio e incausado", elDial, DCB94.

(44) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, 1997, T.1, p.18.

(45) SUÁREZ GALLO, CECILIA y GARCÍA VIOR, ANDREA, "La Corte Suprema de Justicia y el principio de progresividad", J.A., 2004-IV-1200 y ss.

(46) Uno de los corifeos paradigmáticos de esta tesis es Rodríguez Mancini, quien ha dedicado ríos de tinta, con insólitos y desopilantes argumentos, sosteniendo no sólo que el despido es un acto lícito, sino levantando la bandera del derecho de despedir libremente que le asiste al empleador.

.....

En tal sentido, señala el distinguido camarista que es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López⁽⁴⁷⁾ de los distintos modos de protección contra el despido arbitrario.

Es evidente que esgrimir como óbice a la propuesta propugnada en este trabajo, una interpretación como la postulada en torno al art. 78 LCT, contradice además la recepción que de los mentados principios ha efectuado la jurisprudencia de la CSJN, en el caso “Vizzoti” en los siguientes términos:

“10) Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (CN, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/5), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)”.

Que, sin embargo, por si todo ello no fuera suficiente, la lectura del considerando X del fallo “Álvarez”⁽⁴⁸⁾ no deja lugar a dudas sobre lo que consi-

(47) LÓPEZ, JUSTO, “Despido arbitrario y estabilidad”, L.T. XXI-289 y ss. El célebre jurista distinguía al respecto tres sistemas: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido. En virtud del primer modelo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido. Desde esta perspectiva, hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y, sin embargo, apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo. Este es el sistema general adoptado por el ordenamiento jurídico laboral argentino y al que algunos califican de estabilidad relativa impropia. En el sistema de ineficacia la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría nunca lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo. Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma individual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta son resultado de un acto complejo en el cual el empleador participa con su “iniciativa”, pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional.

(48) CSJN, A. 1023. XLIII, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 07/12/2010, en elDial.com, AA665A.

tituye un verdadero cambio de paradigma, reflejo del impacto superlativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre toda la normativa infraconstitucional. El mencionado considerando, importa además una categórica respuesta a la objeción que pretende esgrimirse contra la propuesta que se articula en el presente trabajo, en torno a que una interpretación como la aquí postulada importaría una violación al derecho del empleador a contratar, comprensivo del de descontratar. La Corte responde este argumento en términos que no dejan lugar a dudas:

Que los razonamientos expuestos hasta aquí también vuelven inatendible la defensa de la demandada relativa a que, de acuerdo con el precedente “Figueroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. S.A.”, de 1984 (Fallos: 306:1208), la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades “discrecionales” del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal. Con todo, cumple agregar que, a la luz de corpus iuris de los derechos humanos reiteradamente citado, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el jus cogens que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto. Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado⁽⁴⁹⁾. Incluso en el orden legal, el empleador, al ejercer dichas facultades, “[s]iempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho” (LCT, art. 68, itálica agregada). Suele pasar inadvertido, en esta cuestión, que los poderes invocados, para ser válidos, por un lado, no pueden desentenderse de que “el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el

(49) Aquino [Fallo en extenso: elDial.com - AA242F], cit., p. 3778, y Madorrán [Fallo en extenso: elDial.com - AA3CFF], cit., p. 2004.

trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano”⁽⁵⁰⁾, ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que “[e]l contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí”, de manera que “[s]ólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley” (art. 4). Y todo ello pesa sobre el empleador, pues así lo impone, además de lo expresado sobre el *Drittwirkung* o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁽⁵¹⁾, lo cual supone, al menos, el cumplimiento respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores”⁽⁵²⁾. Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, “aun” cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales⁽⁵³⁾, *a fortiori*, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas⁽⁵⁴⁾. “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ —porque son los

(50) Condición Jurídica y -Derechos de los Migrantes, op. cit., párr. 158

(51) Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, párr. 1.

(52) Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 146 y 151. “El *jus cogens*, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo y, por lo tanto, abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares” —idem, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76 y 77—.

(53) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1.

(54) VASAK, KAREL, “Les principes fondamentaux d’interprétation et d’application des Droits de l’homme”, en Boutros Boutros-Ghali *Amicorum discipulorumque liber*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma —art. 13— contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos.

derechos esenciales del hombre— esté circumscripita a los ataques que provengan sólo de la autoridad”⁽⁵⁵⁾. La defensa en estudio, sustancialmente, parece responder a una concepción instrumental del trabajador, análoga a la que fue materia de terminante censura por esta Corte en el precedente “Vizotti” citado. Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por el contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad⁽⁵⁶⁾. El éxito de una empresa, por cierto, de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios⁽⁵⁷⁾, puesto que tampoco es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental⁽⁵⁸⁾.

La contundencia de los argumentos expuestos en el mentado Considerando X de “Álvarez”, son suficientes para eximirnos de mayores esfuerzos dialécticos; sin embargo, aún resta dar cuenta de otro principio rector que dimana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que resultaría claramente agredido, de propiciarse la interpretación restrictiva del art. 78 que combatimos:

(55) “Kot”, [Fallo en extenso: elDial.com - AM4F4], op. cit., p. 299.

(56) Op. cit., pp. 3691/3692.

(57) “Mata, José María c/ Ferretería Francesa”, Fallos: 252:158, 163/164.

(58) Doctrina de “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P.”, Fallos: 329:1638; Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, Fallos: 329:4918, y Aquino, op. cit., p. 3766 y su cita

3- el principio de la inherente dignidad del ser humano: Gialdino⁽⁵⁹⁾; Ermida Uriarte⁽⁶⁰⁾. El principio de la inherente dignidad del ser humano, como señala Gialdino tiene múltiples proyecciones, entre las que cabe destacar que, en los términos de lo garantizado por el art. 6, 1. del PIDESC, y de su interpretación autorizada, por la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el trabajo digno es aquel que, entre otros estándares, asegura la estabilidad real en el trabajo. Gialdino lo señala en el comentario a la mencionada Observación General N° 18 del citado Comité en términos que no dejan dudas:

“(...) La obligación de ‘respetar’ y, sobre todo, de ‘proteger’, por la cual, de acuerdo con lo que veremos (VII), el Estado debe adoptar medidas para velar porque las empresas o los particulares no priven a las personas del derecho al trabajo, conduce, necesariamente, a que aquél imponga la debida protección contra todo tipo de despido injustificado. El ‘derecho al trabajo’ también se concreta en el ‘derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo’, es decir, a no ser despedido ‘si no existe una justa causa’. Así lo sostuvimos en una investigación ya recordada⁽⁶¹⁾. La OG. 18 confirma este criterio: el mencionado derecho incluye el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta (*unfairly* —arts. 4 y 6—), ilegítima (*unlawfull* —art. 34—) o injustificada (*unjustified* —art. 11—)⁽⁶²⁾ (...) Recordamos, por lo demás, que la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación⁽⁶³⁾, tal como

(59) GIALDINO, ROLANDO E., “El derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud”, op. cit., pp. 493/537 y *Dignidad, Justicia Social, Principio de progresividad y Núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social*, op. cit.

(60) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Protección, igualdad, Dignidad, Libertad y no discriminación*, trabajo póstumo.

(61) GIALDINO, ROLANDO E., “El trabajador...”, op. cit., p. 454.

(62) El PIDESC “impone claramente a cada Estado Parte la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que todas las personas están protegidas frente a la (...) inseguridad (*insecurity*) en el empleo” (OG. 18, art. 37). Ver CSJN, “Vizzoti”, sent. del 14/09/2004, Fallos 327:3677, 3690 (JA 2004-IV-199), consid. 10.

(63) CRAVEN, MATTHEW, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Ed. Clarendon, 1998, p. 223.

lo precisa nuestra OG. 18 (art. 48), así como los arts. 10 del Convenio OIT. 158 y 7, d. Protocolo de San Salvador (...)”⁽⁶⁴⁾.

Es evidente, a la luz de lo expuesto, que una interpretación como la propugnada antaño en torno a la imposibilidad de exigir, reclamar y pretender la dación de trabajo efectivo en los términos del art. 78, no tolera el más elemental test de constitucionalidad.

3.3 | Derecho a ser registrado y regularizado. Exigibilidad judicial de la interpretación positiva del art. 78 LCT: condena judicial de dación de tareas

Sentado que la interpretación que impugnamos, niega al trabajador en general, el derecho a requerir, en toda relación contractual, el cumplimiento forzado de obligaciones del co-contratante, es decir, *le niega* al contratante trabajador, la facultad que cualquier contratante tiene conforme la normativa civil (arts. 505 y 1204 del Código Civil), por lo que corresponde enfatizar el fundamento normativo que otorga el derecho a requerir el cumplimiento del contrato, lo que —además del tantas veces citado art. 78 LCT— emerge de lo que disponen tales normas:

Art. 505: Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 1º) Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado (...).

Art. 1204: La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato, pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese denunciado por resolución”.

Que dicho andamiaje normativo debe, además, jugar de modo articulado con lo normado por el art. 78 LCT, el que a su vez reinterpretado de conformidad al juego de lo normado por el art. 6 del PIDESC, 7, d. del

(64) GIALDINO, ROLANDO E., *El Derechos al trabajo y la Observación General 18*.

Protocolo Adicional de San Salvador (adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) impone la conclusión clara y categórica de que el trabajador tiene el derecho a reclamar el cumplimiento de la obligación impuesta en el art. 78 como obligación concretamente exigible, es decir, como obligación de dar trabajo.

Aquí corresponde detenerse una vez más y volver sobre el posible argumento enervante de la interpretación del art. 78 como lo propugnamos, es decir, como pretensión procesal concreta.

Bien ha señalado Cornaglia, contestando a la concepción tradicional que postulaba en el art. 78 una mera obligación de dar suma de dinero anexa a la prestación de trabajo, que dicha conclusión resulta inaceptable:

“(...) No compartimos esa conceptualización —lo hace al referirse a la interpretación tradicional del art. 78 LCT y en respuesta a Plá Rodríguez— que creemos reduce arbitrariamente los poderes del trabajador en la empresa y fortalece los del empleador, al punto de relativizar la obligación de dar ocupación efectiva (empleo). (...) La estabilidad es un principio aceptado, que está en duda en cuanto a la intensidad que pueda alcanzar, y ello depende en gran medida, tanto a los títulos en que se sustenta como las razones que excepcionan de respetarla. (...) Si algo se desprende con claridad del principio de estabilidad como instituyente de la relación contractual, es que en este contrato complejo que perdura con recíprocas prestaciones, el tiempo (pasado, presente y futuro) crea poderes para las partes de los que se desprenden obligaciones recíprocas. Y no sólo pecuniarias. (...) En nuestro derecho positivo se precisa que el empleador debe dar ocupación efectiva (terminología adoptada por el art. 78 LCT), con indeterminación de plazo (art. 90 LCT), mientras el trabajador no se encuentre en condiciones de jubilarse (art. 91 LCT). Y esto es algo mucho más complejo que dar una cosa cierta (obligación de dar). (...) Para el empleador, se trata de un hacer y no un dar, si lo queremos abordar desde la teoría general de las obligaciones. Y se traduce en la conducta debida de ‘hacer’ el empleo como tal (crearlo y mantenerlo), a partir de un deber subjetivo independiente al de dar las remuneraciones convenidas.

Resumiendo las consideraciones expuestas, podemos afirmar que el operador jurídico debe, inexorablemente, seguir la interpretación sustentada,

y que apartarse de la interpretación postulada abrazando la interpretación restrictiva del art. 78 LCT, importaría transgredir la normativa internacional, alzarse contra lo normado en el prenotado art. 27 de la Convención de Viena y, en consecuencia, colocar al Estado Federal Argentino en responsabilidad Internacional por incumplimiento de la normativa precitada.

En abono de ello, no puede soslayarse que la Ley de Empleo le otorga expresamente al trabajador el derecho a estar registrado como trabajador y a la regularización fiscal y previsional —aportes sindicales y de obra social—, e impone, en paralelo a la demandada, la obligación de cumplir con dicha regularización (ley 24.013).

Por supuesto que el no cumplimiento de tal obligación, le confiere al trabajador la facultad de considerarse despedido por injuria, pero la ley también le confiere el derecho inalienable a reclamar el cumplimiento del contrato (arts. 505, inc. 1 y 1204, 4to. Párrafo del Código Civil), y resulta arbitrario y lesivo de sus derechos fundamentales, negarle, por su sola condición de trabajador, un derecho que le asiste como ciudadano: reclamar el cumplimiento del contrato.

Esto es así por cuanto, como hemos visto, no es posible de ninguna manera receptar la interpretación restringida negativa que sostienen algunos sectores del discurso jurídico. No es posible olvidar que el derecho del trabajo, como bien señala Vázquez⁽⁶⁵⁾, es una disciplina con autonomía relativa, cuyo desprendimiento del derecho común, del derecho de gentes, impone asignar un *plus* de protección al trabajador que ya lo tiene por ser ciudadano, y en tal hipótesis, el primer resarcimiento que corresponde al trabajador, como a cualquier ciudadano, frente a cualquier acto ilícito es la *restitutio in integrum* que impone en primer y primigenia hipótesis la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes del quebrantamiento que produce en la juridicidad el injusto. Como señala el maestro Mosset Iturraspe: (...) “la autonomía del Derecho del Trabajo no debe confundirse con la ‘autosuficiencia’; y menos aún llevar a prescindir del Derecho Civil, como Derecho común (...)”⁽⁶⁶⁾.

(65) VÁZQUEZ, GABRIELA A., *El regreso al Derecho Civil para la protección del trabajador*, Editorial de la Universidad Católica Argentina.

(66) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Daño Moral en la Extinción del Contrato de Trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo I*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000-1, pp. 181 y ss.

Impone destacar que el primer efecto de la obligación es darle al deudor las acciones tendientes a obtener el cumplimiento efectivo de la obligación (art. 505, inc. 1 del Código Civil supra citado).

El contrato de trabajo es un contrato, valga la redundancia, que como tal, es fuente de obligaciones⁽⁶⁷⁾. Las obligaciones son relaciones jurídicas entre dos sujetos que ocupan la posición de parte contractual en un determinado contrato y que se caracteriza como una relación jurídica creditoria.

La concepción de la obligación como una relación jurídica o vínculo jurídico que nos constriñe a hacer o dar algo, nos viene legada desde el derecho romano en el cual hundi6 sus raíces Vélez Sarsfield: "*obligatio est juris vinculum quod necessitate adstringimur alicuius solvere rei secundum nostrae civitatis iure*"⁽⁶⁸⁾.

La concepción romanista legada desde el *Corpus Iuris* en adelante concibe la obligación como un vínculo que constriñe al deudor. Dicha concepción plasmada en los arts. 505, inc. 1, 1197, 1202, 1204 y cc. del Código Civil, impone una protección a los contratantes para pedir el cumplimiento de la obligación *in natura*.

En tal contexto, no admite controversia sería que el trabajador no registrado, frente a la negativa de la existencia del contrato por parte del empleador, una vez probada la existencia del mismo, elija demandar el cumplimiento del contrato. Demandar la prestación de dar trabajo efectivo —art. 78 LCT—, que constituye el objeto de la obligación que importa el objeto del contrato.

Resumiendo las consideraciones expuestas, corresponde sentar las siguientes conclusiones que echan por tierra, en nuestra opinión, cualquier posibilidad de desestimar la propuesta formulada de pretensión de cumplimiento de contrato, condena a registrar el mismo, dar trabajo y abonar salarios caídos o de tramitación:

Va de suyo que si en cualquier contrato de contenido patrimonial el trabajador puede reclamar su cumplimiento *in natura*, conforme resulta de los

(67) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1995.

(68) Definición que se atribuye a la doctrina de los post-glosadores.

citados arts. 505, inc. 1, 1204 del Código Civil; cuanto mayor fundamento reviste dicha pretensión si se trata del contrato de trabajo, cuyo objeto lo constituye nada menos que la prestación de un Derecho humano fundamental, en palabras de la LCT: "(...) la actividad productiva y creadora del hombre en sí (...)" – art. 4, párr. 2, LCT.

Que si dicho cumplimiento se puede reclamar por vía de reinstalación en los casos de mediar un acto ilícito expreso —discriminación, segregación injustificada—, de igual modo, el trabajador puede reclamar dicho cumplimiento cuando lo que media es un acto ilícito implícito, no expresado de modo *expresis verbis* —desconocimiento y negativa del contrato de trabajo—.

Por todo ello, sostenemos que, frente a la pretensión concreta articulada por el trabajador, por la que reclama la registración del contrato, el cumplimiento del mismo en su núcleo central —obligación de dar trabajo efectivo, art. 78 LCT—, corresponde —a condición, obviamente, de la prueba del mismo— acoger dicha pretensión, declarar la existencia del contrato de trabajo y condenar a la demandada a la dación efectiva de trabajo en los términos de lo normado por las ya citadas normas de fuente interna e internacional: arts. 505, inc. 1 y 1204 del Código Civil, art. 78 y 103 LCT, arts. 6 del PIDESC, art. 7, d. del Protocolo de San Salvador y, en su caso, la condena al pago de los salarios caídos o de tramitación.

4 | Conclusiones: Hacia un definitivo cambio de paradigma

Proponemos una alternativa a los caminos tradicionales de combate contra el trabajo sin registrar, en fraude a la ley.

Asumir la provocativa propuesta expuesta, como señalamos, exige alzarse contra mitos, dogmas prolijamente instalados en el discurso jurídico y que, hasta no hace poco tiempo, parecían tener pretensión de perpetuidad, en el altar de nuestras academias.

No pretendemos convencer a quienes no quieren ser convencidos de nada. Nos abriga la absoluta certeza de que, aunque nuestros argumentos tuvieran la fuerza conmovedora como para convencer a las piedras,

aun así sería difícil convencer a los “ciegos del corazón” de los que habla el evangelio.

Sin embargo, la lucha ha de abrirse a fuerza de “punta de lanza” como señala el gran jurista rosarino Jorge Peyrano; y porque estamos convencidos de que el combate no ha de ser solitario, sino que ha de abrirse paso en el marco de la convicción colectiva, lo hacemos animados por el pensamiento del gran jurista italiano Luigi Ferrajoli: “(...) puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho (...) todos son fruto de conflictos, a veces seculares y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios, y sufrimientos: (...) más recientemente el derecho de huelga y los derechos sociales (...). Fruto de opciones y la expresión de necesidades históricamente determinadas y, sobre todo, el resultado de luchas y procesos largos, disputados y trabajosos”⁽⁶⁹⁾.

Concluimos entonces, con el maestro Ferrajoli, que se trata de afianzar el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales, inscriptos en su dignidad, los derechos más preciuos del ser humano que ya ninguna mayoría podrá disponer o cercenar, por vía de pretendidas reglamentaciones y, menos aún, de interpretaciones recortadas, menguadas, en el marco del derecho interno⁽⁷⁰⁾.

(69) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 944 y ss.

(70) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trota.

Trabajo clandestino como virus cultural⁽¹⁾

por **LUISA G. CONTINO**⁽²⁾

I | Introducción

El trabajo clandestino y las modalidades fraudulentas en la contratación se han convertido en una especie de enfermedad, una especie de virus que carcome la esencia misma de la sociedad.

Nos encontramos frente a un dilema jurídico, pero que tiene un fuerte trasfondo ético, y el propósito de este trabajo es el abordaje de la problemática desde las distintas ópticas, así como de los elementos jurídicos que permiten, en alguna medida, sanear la cuestión.

2 | Trabajo clandestino

2.1 | Conceptos-supuestos

Según la OIT el trabajo clandestino incluye todo trabajo remunerado (por ejemplo tanto autoempleo como empleo asalariado) que no está regis-

.....
(1) El presente es la actualización de una ponencia presentada en el Congreso Nacional del EFT del año 2008 en Mar del Plata.

(2) Abogada (UNT). Profesora universitaria de grado y post-grado (Universidad San Pablo T, Tucumán —Univ. Nac. de Catamarca— Universidad Nacional de Buenos Aires). Conjuez provincial. Integrante de la Comisión Reformadora del Código Procesal Laboral de la Provincia de Tucumán. Integrante de varios Jurados para la selección de magistrados en el ámbito del Consejo Asesor de la Magistratura —Tucumán—. Directora del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Colegio de Abogados de Tucumán. Integrante del Consejo

trado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado, llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores.

La sub-especie empleo informal es la actividad remunerada desempeñada infringiendo las disposiciones legales.

Así se genera la denominada economía informal, que es parte de la economía de mercado porque produce bienes y servicios para ser vendidos pero no figura en las estadísticas nacionales.

Desde el punto de vista práctico, de mi experiencia profesional, de cada 10 trabajadores que concurren a mi estudio 5 no están registrados, 3 se encuentran registrados deficientemente, es decir, parte de su relación laboral no está reconocida o no se respeta su jornada o la categoría laboral.

Asimismo el fenómeno de la tercerización a través de empresas eventuales, contrataciones, o simple intermediación, ha generado una masa de trabajadores que entrarían dentro de la definición de trabajo informal, ya que si bien aparentemente se encuentran dentro del trabajo formal, por fraude o simulación han creado situaciones de extrema irregularidad. Así se contrata, a través de empresas de servicios eventuales, personal para ser afectado a tareas que no revisten tal naturaleza. O por el art. 30 de la LCT, se contratan empresas unipersonales o sociedades insolventes para la prestación de servicios, dejando los derechos de esos trabajadores a la deriva.

2.2 | Enfoque sistémico de la cuestión

El trabajo clandestino no es sólo un fenómeno nacional, sino forma parte de la globalización. Basta recordar el trabajo cuasi-esclavo en el país africano de Sierra Leona en la industria de los diamantes que genera miles de millones de dólares, los riesgos mortales a los que son sometidos los

Académico de la Revista de Derecho del Trabajo —Editorial INFOJUS Publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos—. Miembro del Equipo Federal de Trabajo y de la Asociación de Abogados Laboralistas. Autora de numerosas publicaciones; expositora, ponente y conferencista.

mineros de casiterita y el trabajo forzado y mano de obra infantil en la República Democrática del Congo denunciados ambos por *Global Witness*, comercializados por empresas británicas.

La clandestinidad laboral en la Unión Europea estrechamente vinculada a los inmigrantes: legales y, fundamentalmente, ilegales. Con respecto a estos últimos, generó la directiva de retorno en el año 2008 y otras medidas que se han ido agravando por la crisis que acecha la región.

Tampoco se queda atrás en esta práctica, también vinculada a la inmigración ilegal, los E.E.U.U., especialmente con los ciudadanos de origen latinoamericano.

Ni que decir los tigres asiáticos con su fabricación masiva en condiciones de in-dignidad, material difundido por la web mostraba como en Indonesia, la fabricación de zapatos de alta calidad, se realiza en especies de galpones muy estrechos donde los trabajadores duermen, comen y producen el calzado que es vendido en grandes y lujosas tiendas por miles de dólares.

En nuestro país, tal como fuera mencionado lo que surge de la experiencia en la práctica diaria, el trabajo clandestino y las otras formas se desarrollan en todas las regiones, en el Gran Buenos Aires (GBA), Pampeana (Pampa), Cuyo, Noreste (NEA), Patagonia y Noroeste (NOA), tanto en la industria, comercio, servicios, transportes y especialmente en la actividad agrícola.

Siguiendo el análisis como fenómeno social, el trabajo clandestino deriva de un conjunto complejo de conductas, y para entenderlo no debe ser analizado única y exclusivamente desde el punto de vista jurídico, sino desde el sistemismo.

Mario Bunge⁽³⁾ nos dice que esta mirada de la realidad desalienta la fragmentación tradicional de las ramas del conocimiento y favorece su integración. Esto tiene particular importancia, en el caso de los estudios sociales, cuya división tradicional en antropología, sociología, economía, politología, historia, y campos afines, es artificial y nociva. Para el sistematismo to-

(3) BUNGE MARIO, *Sistemas Sociales y Filosofía*, Ed. Sudamericana, 1995.

das la ciencias sociales estudian lo mismo —la sociedad humana— desde distintos puntos de vista, pero complementarios.

Así el trabajo clandestino puede ser analizado desde distintos enfoques, sociológico, económico, político, histórico y hasta antropológico.

El trabajo es una categoría central de la Sociología, la naturaleza colectiva del trabajo “humano” y el sistema de relaciones sociales que lo conforma, hace del trabajo un centro de atención constante en esta materia.

Desde este punto de vista y del comportamiento individual y social, la pregunta es: ¿qué lleva a un individuo, o conjunto de ellos a mantener a sus semejantes en condiciones de marginalidad?, entendiendo por tal la sustracción de toda protección legal, de salud y seguridad social. Esas mismas personas actúan e interactúan dentro de la estructura social con total normalidad y moralidad. La respuesta es el individualismo egocéntrico.

El individuo empleador, ya se trate de persona física o socio, gerente o director de una sociedad, o responsables de sociedades civiles, caen en una relación inter-humana denominada “caín-esca” por Levinas⁽⁴⁾, en la que uno mata al otro a pesar de la fraternidad primordial o interpersonal del “estado de jungla colectivo” en que vivimos y que fuera estudiado por Carlos Auyero⁽⁵⁾, ciertamente indicada con anterioridad por Hobbes con su famoso “*homo hominis lupus*”⁽⁶⁾.

Otro aspecto de la cuestión es el económico, así tenemos grandes empresas, incluso transnacionales, que no registran o lo hacen deficientemente, o abusan de formas legales vrg. pasantías, tercerización, contratación temporaria o eventual. Precarizando al trabajador, obtienen enormes ganancias, su única finalidad es el valor del dinero a cualquier precio.

Se provoca lo que denominamos una economía informal, con grandes ganancias para unos, en desmedro de otros empresarios que al igual que ellos producen pero dentro de un marco de legalidad.

(4) LEVINAS, EMMANUEL, De otro modo que ser o más allá de la esencia, Salamanca, Ed. Sígueme, 1995, p. 54.

(5) AUYERO, CARLOS, *Del Estado de jungla a la recreación de la República*, Bs. As., 1984

(6) La información de este párrafo está extraída del voto del Dr. Rodolfo Capón Filas autos: “Daverede Ana María c/Mediconex S.A. y otros s/despido” Sala VI CNAT 27/03/2006

Asimismo genera una grave afectación al sistema de salud y de seguridad social al desfinanciarlo, provocando en estos casos la necesaria intervención del Estado para cubrir estas contingencias.

Desde el punto de vista político, se ha demostrado que ni la cantidad ni la rigurosidad de las normas tendientes a castigar el empleo no registrado, han cumplido acabadamente su finalidad.

Resultan necesarias políticas concretas para combatir este fenómeno social, políticas que no pueden ser aisladas, tanto dentro de nuestro país, como regionalmente.

En orden al Mercosur, un ejemplo es la Recomendación dictada en virtud del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y la Decisión N° 19/02 del Consejo del Mercado Común, que lleva el N° 01/05, sobre Condiciones Mínimas del Procedimiento de Inspección, Memorias Anuales respecto de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, y a nivel internacional, el examen anual sobre la situación en los países que no han ratificado el conjunto o ciertos convenios fundamentales y los Informes Globales sobre Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT.

El aspecto histórico se encuentra vinculado a instituciones medioevales, o aún más antiguas como la esclavitud. Aunque como siempre cita el maestro Capón Filas en sus conferencias, actualmente algunos empleadores no tienen esclavos porque les sale más caro darles de comer.

Analizada la cuestión dentro de nuestro país y los países limítrofes, pareciera que existen resabios de aquellos sistemas como la encomienda, la mita y el yanaconazgo. O más cercano en el tiempo, el peón de ingenio que se le pagaba por su prestación laboral con una especie de moneda que sólo podía ser canjeada en los almacenes del patrón.

Sin hacer un viaje en el tiempo, ni a una página de un libro de historia, nadie olvida los conceptos del Dr. Norberto Oyarbide, quien argumentó no hace mucho tiempo, en relación a los talleres clandestinos verificados en Buenos Aires, que eran una herencia de "costumbres y pautas culturales de los pueblos originarios del Altiplano Boliviano, de donde provienen la mayoría de los talleristas y costureros. Que se trata de un grupo huma-

no que convive como un *ayllu* o comunidad familiar extensa originaria de aquella región, que funciona como una especie de cooperativa". Así los directivos de las empresas que utilizaban inmigrantes indocumentados, sometidos a condiciones de máxima precarización laboral para producir prendas, fueron sobreseídos.

Esta interpretación traspasa la de la conciencia media, es un Juez de la Nación quien emite una opinión, sobre una modalidad de prestación laboral cuasi-esclava, justificándola en el origen de quien la presta (sic).

Así, grandes marcas de ropa utilizan trabajo esclavo en la producción de sus talleres, que luego las venden a precios inaccesibles para el poder adquisitivo medio de la población.

2.3 | Trabajo clandestino y discriminación

Desde el punto de vista terminológico, en el uso forense, el trabajo clandestino suele denominarse "trabajo en negro", una expresión subrepticamente racista que debe ser eliminada como afirma Rodolfo Capón Filas.

El trabajador clandestino es un individuo discriminado, al margen de la legalidad, este jurista nos dice⁽⁷⁾: "La clandestinización total o parcial de la relación laboral es un modo sofisticado de discriminación ya que excluye del universo normativo a los trabajadores afectados y un modo claro de hipocresía que castiga a los inocentes".

La clandestinidad total o parcial, las formas encubiertas de contratación, el fraude y la simulación no son más que formas de discriminación.

El trabajo clandestino viola la Constitución Nacional, art. 14 *bis*, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, art. 1; la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art.12; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, 10, 12; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7; Pacto Internacional de Derechos

(7) "Stringa Domingo Alberto C/Unilever de Argentina S.A. S/Despido" 23/10/2000 sentencia definitiva 53533- Del voto del Dr. Rodolfo Capón Filas.

Civiles y Políticos, 2, 26 y Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 24

La indiscriminación se encuentra prevista en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR art.1; el Convenio 111 de la OIT, siendo superior a las leyes, abre un camino, seguido por la OIT que se ha empeñado en erradicar la discriminación en las relaciones laborales, y así lo ha expresado en la "Declaración sobre principios y los derechos fundamentales en el trabajo" (1998), decisión que compromete a nuestro país en la medida que es miembro de la Organización.

2.4 | Trabajo Clandestino – Trabajo Decente

Al flagelo del trabajo clandestino se le opone el paradigma del trabajo decente, término introducido por el Director General de la OIT en su Memoria a la Conferencia Internacional del Trabajo 1998 en el lenguaje de las ciencias sociales y que es el logrado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Se trata de un trabajo libre, productivo y seguro, en el que se respeten los derechos laborales, se logren ingresos adecuados, dentro de un marco de protección social y diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.

El concepto de trabajo decente es introducido expresamente en nuestro país en la ley 25.877.

3 | Situación en el país y en el NOA

3.1 | Estadísticas

El INDEC divide al país en 6 regiones: Gran Buenos Aires, Pampeana, Nuevo Cuyo, Noreste, Patagonia y Noroeste.

El siguiente cuadro muestra Tasas de empleo y desempleo por regiones y aglomerados⁽⁸⁾.

.....

(8) Fuente INDEC

TABLA 1: TASAS DE EMPLEO Y DESEMPLEO POR REGIONES. PRIMER TRIMESTRE 2012

Área geográfica	Tasas de					
	Actividad	Empleo	Desocupación	Subocupación	Subocupación de mandante	Subocupación no demandante
Gran Buenos Aires	47,2	43,6	7,5	8,6	5,3	3,3
Cuyo	41,6	39,8	4,4	5,0	4,5	0,5
Noreste (NEA)	37,6	36,7	2,4	1,3	1,0	0,3
Noroeste (NOA)	42,4	39,3	7,2	6,4	5,6	0,7
Pampeana	46,1	42,4	7,9	7,4	5,4	2,0
Patagónica	44,9	42,2	6,0	3,4	2,4	1,0

La región del NOA abarca las provincias de Jujuy, Salta, Catamarca, Santiago del Estero y Tucumán que suman una superficie de 333.833 km². La población total del NOA es aproximadamente 4.931.795 habitantes, un 12,3% de la población total del país, según las cifras del Censo Nacional de Población y Vivienda de 2010.

Las actividades que se desarrollan en la región son la minería metalífera por los proyectos Bajo de la Alumbrera (cobre y oro) y Salar del Hombre Muerto (litio).

Existe además un gran desarrollo en el sector agropecuario, cultivos como la soja, maíz, trigo, girasol, maní, cártamo, tabaco, algodón, poroto, azúcar, limón, frutillas, arándanos. Cría de ganado vacuno, bovino, caprinos y camélidos.

El desarrollo industrial se encuentra vinculado a los cultivos arriba mencionados. La industria azucarera, de ensamble, las papeleras, son algunos de los sectores más desarrollados.

3.2 | Trabajo informal en Tucumán

3.2.1. Medidas Implementadas a nivel provincial

El Gobierno de la Provincia de Tucumán implementó en el año 2008 una modificación al Código Tributario, con una serie de medidas destinadas a sancionar el trabajo no registrado. Similar al criterio que informó la ley 25.345, establece un sistema de multas y clausuras. Dicha ley, en caso de reconocimiento del infractor y regularización del trabajador, manteniendo el puesto de trabajo por 16 meses continuos y consecutivos, suspende la sanción. En su art. 76 establece este mecanismo y luego dice "o bien a su respecto, informar a la Secretaría de Estado de Trabajo y Empleo de la Provincia de Tucumán, para que proceda conforme lo establecido en el art. 5 del capítulo 2 Anexo II del Pacto Federal ratificado por ley nacional 25.212 y ley pcial. 7335, en virtud de lo previsto en su inc. c) de su art. 4°".

Luego de un período en que las inspecciones se practicaban a través de funcionarios de rentas provinciales, con una serie de inconvenientes vrg. dudosa legalidad de la legitimidad de los inspectores, no se verificaba si la regularización a los fines de evitar las multas se realizaba desde la verdadera fecha de ingreso declarada por el trabajador; se terminó re-estructurando la Secretaría de Trabajo, autoridad de aplicación en la provincia, en ese sector que volvió a asumir esa función que le es específica.

3.2.2. Estadísticas

El resultado de este plan de lucha contra la informalidad laboral, y las verificaciones realizadas arrojaron los siguientes resultados: se constató que el comercio presentó un 32% de empleados no registrados, la Industria un 48%, los mayores índices de anomalías laborales se registraron en la construcción, con el 59%, y en servicios, con el 52%. No se relevó la actividad agrícola por la dificultad de acceso a las zonas de trabajo, y su carácter estacional.

En el año 2008, la tasa de empleo no registrado era de 36,5% del total de trabajadores, con un descenso del 3,9% respecto a igual período del 2007,

el Gran Tucumán y Tafí Viejo superaba la media Nacional donde alcanzaba el 49,3%.

En el año 2010 el trabajo no registrado fue del 41,4%, en el año 2011 fue de 39,9% y en el primer trimestre del año 2012 aumentó a 42%.

En sentido contrario de los que sucedió en Tucumán, la tasa de trabajadores informales en el promedio del país descendió a 32,8% en el primer trimestre de 2012, cuando en igual período del 2011, había sido del 34,1%.

3.2.3. El trabajo informal en general

Además de la no registración de los trabajadores que se señala en el punto anterior, el fraude o simulación genera trabajo informal.

Así, en todas las actividades abunda el uso de pasantías fraudulentas a través de fundaciones que prestan su nombre y certificados, con escasos controles, y que permiten el uso irregular de la figura.

Las empresas de servicios eventuales, aun las transnacionales, proveen personal para la realización de trabajos que no revisten tal naturaleza, en gastronomía, en comercio e industria.

En la construcción se revela el más alto índice de informalidad, acompañado por una importante siniestralidad laboral en trabajadores no registrados, que no encuentran cobertura de las lesiones que sufren, y más aun de los *causa-habientes* que son sometidos a un largo proceso judicial para hacerse de sus acreencias.

En el comercio se defrauda con el uso y abuso de la jornada parcial, aplicándola a trabajadores que no sólo trabajan más de las dos terceras partes de jornada, sino mas de las 48 hs. semanales.

3.3 | El trabajo informal en la actividad agrícola

3.3.1. Tipos de Actividades

La provincia de Tucumán posee óptimas condiciones climáticas y de suelo para el desarrollo de frutas cítricas de excelente calidad. La producción se

concentra en el limón; en escala inferior, la naranja e incipientemente en el pomelo y la mandarina. El cultivo por excelencia lo constituye la caña de azúcar que durante mucho tiempo fue un mono-cultivo.

También se ha desarrollado en los últimos tiempos el arándano, la frutilla, las hortalizas y papa semilla en el pedemonte y la zona de los valles. Por supuesto la soja por sus amplios márgenes de ganancia ha sido introducida como cultivo en esta provincia. También en la zona norte se desarrolla la industria lechera y ganadera, pero más para el consumo interno.

3.3.2. Un poco de historia

Desde fines del siglo XIX, las provincias del noroeste argentino han sido en su mayoría productoras de caña de azúcar. Dicha actividad se transformó con los años, especialmente en la provincia de Tucumán, en la “organizadora” de un mercado de trabajo y de una estructura agraria con fuerte presencia campesina, y distintas formas de contratación. Así la “encomienda” se desarrolló como primera forma de utilización de mano de obra indígena en la región, a mediados del siglo XIX, y con la producción de caña como actividad central, comienzan a aparecer nuevas formas de reclutamiento de fuerza de trabajo diferenciadas por etnia: se discriminaba a los trabajadores permanentes —los criollos o blancos—, de los transitorios —los indígenas—.

En Tucumán, asumiendo la caña el carácter de mono-cultivo reclutó mano de obra a través de un mecanismo denominado “peonaje por deuda”, a los fines de tener trabajadores dóciles se dictaron leyes y edictos represores de la vagancia, el sistema de la papeleta de conchabo y la práctica de anticipo de salario y endeudamiento de los peones. Se les pagaba con vales o monedas que sólo podían ser canjeados por mercadería en el almacén del patrón.

A principios del siglo pasado, aparecen las figuras del “arrendamiento” y los “conchabadores” o contratistas de mano de obra. En el año 1904 hay un auge de la industria azucarera, año en que aparece la obra de Bialek Massé: *El estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo*, donde describe y denuncia detalladamente, las pésimas condiciones de trabajo en que se llevaban a cabo las tareas en la caña de azúcar; la falta

de higiene y de seguridad en las labores, las malas condiciones de vivienda, los castigos corporales y los distintos descuentos por desobediencia o errores, eran algunas de las prácticas que se implementaban como formas de control sobre los trabajadores.

En los años '50, se mejoran las condiciones laborales de algunos trabajadores rurales con la instauración del "Estatuto del peón"; este solamente favorecía a los trabajadores estables, quedando excluidos los trabajadores transitorios que se dedicaban a las cosechas u otras actividades estacionales.

En la década del '60, la decisión política del gobierno de facto de turno, provocó el cierre de varios ingenios.

En cuanto a la actividad citrícola, su origen se remonta a los tiempos de la colonia; las primeras plantaciones se realizaron en 1920, se caracterizó por tener un perfil familiar, quintas de horticultores inmigrantes españoles o italianos que a principios de siglo se instalaron como arrendatarios, e implantaron cítricos destinados al mercado interno. La actividad tuvo su primer esplendor en 1940, pero fue con las crisis del sector azucarero del año '60 que muchos productores abandonaron el monocultivo y grandes extensiones de plantaciones de caña fueron sustituidas por el citrus. También se generaron ciertos incentivos estatales para el desarrollo industrial local mediante planes promocionales, créditos oficiales a tasas preferenciales que tenían como objetivo paliar la fuerte crisis de empleo que había producido el cierre de los ingenios. Ya para 1970 se produce el primer embarque hacia el mercado externo.

En la actualidad, se concentra en Tucumán el 60% del área citrícola del NOA. Hasta el año 1985, la superficie cultivada con limón era inferior a las 12.000 hectáreas, expandiéndose en forma ininterrumpida hasta alcanzar las 27.000 hectáreas actuales. La excelente calidad de la fruta producida en esta zona libre de canchros, permitió un desempeño exitoso en el mercado internacional. La crisis de la citricultura española impulsó una suba de precios en el mercado internacional y esto, a su vez, fomentó una mayor expansión del cultivo en Tucumán.

Argentina es uno de los principales productores mundiales de limones y el 90% de esa producción tiene como origen la provincia de Tucumán, a tra-

vés de sus 33 empresas de empaque (*packings*). Lo producido se destina en un 70% a su industrialización (jugos concentrados, aceites esenciales y cáscara deshidratada) y un 30% a su venta en fresco.

El conjunto de las actividades del sector radicadas en Tucumán genera empleo aproximadamente para 30.000 personas, considerando producción, cosecha, empaque e industria.

Hay seis grandes plantas procesadoras, con una capacidad de molienda de aproximadamente 7.000 Tn./día - orientados a la elaboración de aceites esenciales, jugos de limón concentrado y cáscara deshidratada. El conjunto agroindustrial limonero incluye también a plantas de empaque, que seleccionan y embalan la fruta que se destina a la comercialización en fresco.

En relación a la actividad azucarera el trabajo informal según Fotia, Sindicato de la actividad azucarera, el 80% de los 6.000 trabajadores del surco no están registrados, detectándose una creciente presencia de trabajadores oriundos de Santiago del Estero y de la República de Bolivia. Dicho sindicato denunció casos muy dramáticos, como el de familias enteras, con niños incluidos, que viven hacinadas en habitaciones de dos por dos metros, con techos hechos con restos de despunte de cañas y paredes de lona, sin baños.

4 | Trabajo clandestino e informalidad en la actividad citrícola

4.1 | Orígenes del problema

En la actividad citrícola tanto para la cosecha como en el *packing*, se verifica la existencia de trabajo clandestino.

En un estudio realizado por Vanesa Vazquez Laba⁽⁹⁾ en el año 2004 señala que los trabajadores rurales en el NOA —en especial, los trabajadores

.....

(9) VAZQUEZ LABA, VANESA, (Socióloga. Becaria CONICET. Instituto de Investigaciones Gino Germani, UBA), *Revista de Estudios Sobre Cambio Social* año IV, n° 14, invierno 2004.

tucumanos— ha dado cuenta de la “herencia del pasado”; es decir, cómo se fue consolidado un asalariado rural que fue fluctuado dentro de lo que llama la “zona vulnerabilidad social”.

Así dice que la actividad citrícola comprende distintos tipo de trabajadores; por un lado, aquellos que efectúan tareas de plantación, poda, fumigación o mantenimiento del monte frutal, que son trabajadores de finca, generalmente permanentes. Luego están los que se encargan de la cosecha de la fruta, que requiere de altos volúmenes de mano de obra estacional. Luego se encuentran los que realizan la selección y el empaque de fruta fresca, destinada para exportación o para el mercado interno, que revisten el carácter de trabajadores de temporada ya que responden a los picos estacionales. Y por último, los que trabajan en las fábricas que se dedican a industrialización de la fruta y sus derivados, que demanda poca mano de obra y que, por lo general, es permanente.

Laba tomando las características del trabajo citrícola, los bajos ingresos, diversas modalidades del vínculo laboral que van desde una mayor formalidad, por ejemplo, el trabajo en “blanco” (18,5%) o el trabajo temporario de seis meses —pico de cosecha—, retornando al año siguiente (26%); este último evidencia un vínculo laboral “semi-permanente” entre los trabajadores y las empresas, a las que agrega modalidades de contratación “típicas” del medio rural, por ejemplo, el contrato “de palabra” (14%) y el trabajo totalmente “en negro” o no registrado (el 11%), baja afiliación sindical (13,7%), interpreta que las modalidades de contratación, la estacionalidad del trabajo y su consecuente alta rotación de empresas y de trabajadores, no ayuda a que los trabajadores citrícolas puedan generar un vínculo entre ellos y adquirir capacidad de negociación colectiva y gremial.

Con lo apuntado, concluye que existe una situación de precariedad e inestabilidad ocupacional de los asalariados citrícolas; si bien ellos se encuentran dentro de una situación de empleo, igualmente se sitúan en una posición de incertidumbre y de deficientes condiciones de trabajo. Consecuentemente, los cosecheros del limón y sus familias se encuentran en esta zona de “riesgo social”. En el contexto actual, cualquier transformación en el empleo —por ejemplo, aumento de la contratación “en negro”, mayores requisitos de calificación laboral, salarios deprimidos e

inestables, despidos, entre otros— significaría la caída a la “zona de exclusión” o “desafiliación”.

María Ines Alfaro⁽¹⁰⁾, socióloga y estudiosa del tema, en coincidencia con Laba nos dice: “he hallado que los trabajadores del citrus encuentran serias dificultades para constituirse en actores sociales con capacidad de determinación, no han articulado luchas significativas, manifiestan una escasa propensión a la organización y a la acción gremial, lo que obstaculiza sus posibilidades para darle visibilidad a sus reclamos”.

Considera que la actividad citrícola tucumana se presenta como un espacio social carente de conflictos, que los trabajadores en tanto que agentes subordinados, no han desarrollado prácticas que pongan de manifiesto la presencia significativa de luchas y resistencias sociales. En su estudio sólo encuentra fenómenos acotados, como planteos que se efectuaron en períodos de cosecha, y haciendo referencia al conflicto laboral en 1994, destaca que el reclamo principal fue la corrección salarial, pero los demás problemas, vrg. blanqueo de trabajadores, regularización de cooperativas, pago de horas extras, quedan fuera de la negociación final y la situación no se modifica.

Atribuye el hecho de que “las empresas concentradas que lideran y comandan la actividad en la provincia detentaban altas cuotas de poder y se encontraban fortalecidas, los trabajadores demostraban una situación de creciente debilidad para obtener acuerdos y condiciones laborales que satisfagan sus intereses”.

Otro factor determinante, y al cual apunta este trabajo, son los mecanismos de intermediación de la mano de obra, que podían entenderse dice “como una estrategia empresarial destinada a bloquear conflictos potenciales entre otras cosas porque la figura de los contratistas de mano de obra o de las ‘cooperativas’ de trabajo contribuían precisamente a diluir la imagen del ‘antagonista’”, y sólo la posibilidad de la construcción de antagonismos dice es capaz de desplegar una protesta adecuada.

(10) ALFARO, MARÍA INÉS, (Socióloga. Docente Investigadora. Grupo de Estudios Rurales. Instituto Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales. UBA), trabajo publicado en www.iader.org.ar

4.2 | El fenómeno de la intermediación en la actividad agrícola

4.2.1. Cooperativas

En un primer momento, las citrícolas contrataban su personal, a través de cooperativas formadas por los propios trabajadores. Si bien el decreto 2014 data del año 1994 y tenía como finalidad evitar la desnaturalización de las cooperativas y el fraude laboral, esa figura fue utilizada sin miramientos. La Resolución N° 1510 también de 1994 consagra expresamente la prohibición de cooperativas que tuvieran como objeto la venta de trabajo o mano de obra a terceros para dedicarla a tareas propias o específicas del objeto social del establecimiento de estos últimos.

Siguiendo a Sara Molas de Quiroga⁽¹¹⁾ a la luz del art. 14 LCT, procediendo las partes con simulación ilícita o actuando en fraude a la ley laboral, determina la nulidad de todo lo actuado y su sustitución por las normas de la LCT. Corrida la máscara, a través de una operatoria de tipo cooperativo, el fin que se obtiene no es que los trabajadores asociados se hagan cargo de la empresa cooperativa y compartan sus beneficios, asumiendo el riesgo empresario, sino el abaratamiento del costo laboral de terceras empresas que, de esta forma, suelen obtener mayores utilidades a un menor costo. Debemos responsabilizar en forma directa al empresario acreditando: la falta de participación del trabajador en la estructura cooperativa, de convocatoria del trabajador a las Asambleas, la falta de capacidad física del lugar donde se realizaron las Asambleas para albergar la cantidad de asociados que tenga la cooperativa, la independencia de los resultados de cada ejercicio con las sumas percibidas por los trabajadores, la titularidad de los bienes que conforman el capital, las características de la prestación, la conformación del Consejo de Administración, Sindicatura y otras autoridades, etc.

Evidentemente, ya sea por un mayor control de parte del ente regulador o bien la dificultad del manejo de los trabajadores, el uso de esta figura jurídica fue disminuyendo.

(11) MOLAS DE QUIROGA, SARA, "Ponencia XXVIII Jornadas de Derecho Laboral de la AAL", Publicada en *Libro de Ponencias*, Ed. Omar Lafalle, Noviembre de 2002.

4.2.2. Tercerización

Las empresas que desarrollaban actividades agrícolas, en especial cítrícolos, utilizaron la modalidad de contratar y sub-contratar a terceros que carecían de infraestructura organizativa propia e independiente, centro de labores, máquinas e instrumentos de trabajo, establecimiento propio, organización jerárquica, bienes de transporte, contratistas. Es decir, no revestían el carácter de empresa en tanto no se trataba de una organización productiva o prestadora de servicios que utiliza la capacidad laborativa del trabajador dependiente para, precisamente, incorporarla en sus procesos productivos o prestadores, con fines de lucro o sin ellos.

Como dice Arias Gibert⁽¹²⁾ no es empresa aquella que no posee los medios de producción, entendiendo por tales los materiales, inmateriales y personales. La empresa se encuentra constituida por capital ya sea como mercancía o como dinero, quien no posee capital para sus propios fines no puede ser empleador. En definitiva, no puede ser considerado empresario quien carece de los medios de producción y está respecto de ellos en una relación de tenencia precaria.

Este tipo de contratistas, desprovistos de estructura fueron sucediéndose en el suministro de personal, con alto grado de fraude, traducido en posterior insolvencia que dejaba a los trabajadores librados a su propia suerte. He conocido casos de personas que estuvieron tercerizadas, trabajando para la misma empresa durante 30 años, con más de 10 empleadores directos, entre cooperativas y otros.

5 | Régimen legal de la actividad agraria

Antes de la sanción de la ley 26.727 sobre trabajo agrario, la ley 22.248 implicaba una discriminación en relación al trabajador incluído en la LCT, y además se prestaba para el fraude y precarización.

(12) ARIAS GIBERT, ENRIQUE, "El Establecimiento", en *Revista de la AAL. La Causa Laboral*, N° 6.

Los trabajadores ocupados en cosecha y/o empaque de frutas se regían por la LCT desde la sanción de la ley 23.808 que agrega el inc. f al art. 6 de la ley 22.248. No obstante a ello, la cosecha de arándanos por Resolución (Com. Nac. Trabajo Agrario) 10/2011 que aprueba el acuerdo sobre condiciones de trabajo para la Actividad, los incluía en la ley 22.248.

Por doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán a la actividad azucarera, en los conflictos individuales o pluri-individuales, se le aplicaba la LCT.

Las reformas introducidas por la ley 26.727 implican desterrar las prácticas irregulares dentro de la actividad rural:

- la responsabilidad de los contratantes tanto en relación a las actividades principales como accesorias.
- la consagración del plenario “Ramírez”.
- la eliminación del requisito de fraude en las empresas subordinadas o relacionadas que constituyan grupos permanentes.
- la solidaridad de las que constituyan grupos transitorios.
- extremar los controles en las cooperativas respecto a sus propios empleados, así como respecto a los socios que se desempeñen en fraude a la ley en cuyo caso serán considerados trabajadores de quienes contrataron.
- denuncias específicas para la aplicación de las sanciones a las cooperativas que actúen en fraude a la ley.
- prohibición expresa a las cooperativas de actuar como empresas de provisión de trabajadores para los servicios temporarios.
- prohibición a las empresas de provisión de servicios temporarios o agencias de colocación de proporcionar persona para las tareas y actividades contempladas en la ley.

Es decir, que la ley es un enorme avance a los fines de la erradicación de la informalidad en materia de trabajo agrario.

6 | Conclusión

Como vemos, el trabajo clandestino en todas sus formas, es un virus cultural y, como tal, debe ser erradicado.

Hay que partir de la premisa básica de que el derecho a trabajar es un derecho humano, así debe ser entendido, como la necesidad del hombre de obtener el pan de cada día, su sustento y el de su familia con el fruto de su trabajo. Así también que ese trabajo debe ser realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, dentro de un marco de protección y diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación, es decir, dentro del paradigma del trabajo decente.

Debemos apartarnos del modelo de sociedad que expelle a los hombres como desechos, y crear una sociedad inclusiva orientada a la solidaridad, la justicia social y la cooperación y, para ello, imaginar un Modelo de desarrollo con rostro humano.

Los documentos internacionales reconocen como derechos humanos: el derecho a condiciones dignas de trabajo, seguridad social, no discriminación, remuneración justa, jornada laboral limitada, descanso, vacaciones pagas, protección contra el desempleo, a la organización sindical, a la negociación sectorial, participar en la toma de decisiones. Derechos vedados a quienes se encuentran en condiciones de clandestinidad.

Es necesario dejar de lado la lectura económica del derecho, y seguir en la ruta de la lectura humanista señalada por la CSJN en los fallos "Vizotti" y "Madorrán", entre otros, apegados a la Constitución Nacional enmarcada como está en el constitucionalismo social, pero es eso solo, un paso.

¿Cuál es la solución a este problema que va mucho mas allá de lo jurídico?, algunas de las propuestas son las siguientes.

Campañas de concientización poniendo en la mira las consecuencias del trabajo clandestino: ante posibles accidentes o enfermedades de trabajo, la fragilidad del sistema previsional al verse privado de aportes, del sistema público de salud que se ve cada vez más colapsado por la concurrencia de trabajadores sin cobertura de obra social.

Alertar a las empresas cumplidoras sobre la práctica comercial desleal generada por aquellas, que tienen trabajadores clandestinos, para que tomen medidas dentro de sus propias organizaciones representativas.

Mantener las sanciones por incumplimientos establecidas por las distintas leyes.

Controles efectivos y cruzados entre los organismos para detectar la presencia de trabajadores no registrados.

Priorizar tanto en lo legislativo cuanto en los procedimientos llevados a cabo en consecuencia, la regularización de los trabajadores, más que las sanciones pecuniarias a favor del erario público.

Establecer un registro de empresas incumplidoras a los fines de detectarlas y tenerlo en cuenta en orden a la entrega de créditos o cualquier otro beneficio vrg. participación en licitaciones, concesiones estatales.

Monitoreo de los planes establecidos desde el Ministerio de Trabajo para promover el trabajo para jóvenes y otros similares y así evitar el fraude.

Procedimientos de control efectivos a las empresas de servicios eventuales respecto a las tareas del personal que proporcionan.

Agudizar los procedimientos de control de los contratos de pasantía.

Los sindicatos deben desarrollar junto con la autoridad de aplicación, políticas para el control y erradicación del trabajo no registrado.

Los jueces deben construir sus sentencias con los derechos humanos como herramientas, para concretar la justicia en cada caso concreto.

La clandestinidad y las empresas incumplidoras deben ser sancionadas severamente por el Poder Judicial y, en los límites de su competencia, informar al Ministerio de Trabajo y a la Organización Internacional del Trabajo.

El trabajo esclavo

por M. CECILIA HOCKL⁽¹⁾

“Aquellos que niegan la libertad a otros no la merecen para sí y bajo un Dios justo no pueden conservarla por mucho tiempo”.

Abraham Lincoln (1809-1865)

I | Introducción

Lejos de ser neutral, la titulación precedente intenta articular dos conceptos bien definidos: en primer lugar, el **“trabajo”**, como categoría sociológica que, en condiciones de dependencia, anuda necesariamente *una relación de poder limitada* por normas protectorias dirigidas al subordinado; por el otro, la **“esclavitud”**, adjetivada con relación al “trabajo”, como una forma de dominación extrema e inhumana, tanto en sus ancestrales como en sus más novedosas manifestaciones.

La **Convención sobre la Esclavitud** (año 1926), definió a esta última como: “(...) el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”. Expresó, asimismo, que debe entenderse como trata de esclavos “(...) todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo (...) en general, todo acto de

.....

(1) Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctora en Derecho (Trabajo, Previsión y Derechos Humanos) de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales (Universidad de Buenos Aires-Facultad de Ciencias Sociales) Magister en Políticas Sociales (Universidad de Buenos Aires-Facultad de Ciencias Sociales) Profesora Regular Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de diversas obras jurídicas en materia de derecho constitucional y laboral. Profesora, expositora, ponente, coordinadora y participante en cursos, congresos y jornadas en temas de derecho constitucional y/o laboral, en el ámbito nacional, provincial e internacional.

comercio o de transporte de esclavos" (art. 1.2). Sintéticamente y en la misma línea, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (año 1957)⁽²⁾ estableció que cada uno de los Estados Parte adoptará todas aquellas medidas que hagan posible la completa abolición de:

- a. la *servidumbre por deudas*;
- b. la *servidumbre de la gleba*, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición; particularmente,
- c. toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Estos enunciados merecen algunas precisiones. Con la expresión *esclavitud* asumen una innegable pertinencia otros conceptos, marcadamente interconectados con ella y a la par, entremezclados desde lo conceptual: trabajo forzoso, trata de personas y servidumbre por deudas. Éstos, a su vez, han sido objeto de diferentes regulaciones —que, directa o indirectamente, involucran al trabajo esclavo— tanto de orden internacional como del interno de diversos países.

El "*trabajo forzado o forzoso*"⁽³⁾ representa, en principio, la categoría más genérica o el concepto más "agregado" en términos sociológicos. El *trabajo forzoso* es, innegablemente, un problema laboral; sin embargo, sus manifestaciones pueden exceder la temática estrictamente apegada al "trabajo" propiamente dicho, entendido genéricamente y en condiciones éticas, como un acuerdo de voluntades regulado con mayor favorabilidad respecto del dependiente.

La OIT, entre las posibles manifestaciones del "*trabajo forzoso*", incorpora la mencionada *servidumbre por deudas*: "se da cuando una persona

(2) La mencionada Convención fue ratificada por nuestro país en 1962.

(3) En los párrafos subsiguientes se aludirá a ambas expresiones de manera indistinta.

pasa a ser la garantía o fianza de un préstamo. Esta situación es limítrofe entre el trabajo forzoso y la esclavitud, ya que el individuo trabaja parcial o exclusivamente para reembolsar la deuda que ha contraído. En la mayoría de los casos, se perpetúa la deuda, ya que, por un lado, el trabajo o los servicios prestados se infravaloran y, por otro, el empleador puede proporcionar comida y alojamiento a unos precios tan exorbitantes que al trabajador le resulte sumamente difícil zafarse de la deuda". De igual modo, ha expresado que: "la prostitución y la pornografía infantil son siempre un tipo de trabajo forzoso y una forma moderna de esclavitud, así como una de las peores formas de trabajo infantil que condena el Convenio núm. 182"⁽⁴⁾.

Los nuevos datos publicados por la OIT (2012) estiman que el número total de trabajadores forzados en el mundo es de casi 21 millones, *lo que significa que tres de cada 1.000 personas, en este mismo momento, son obligadas a practicarlo*. De igual modo, la "*trata de personas*"⁽⁵⁾, que recibe particular repulsa en la consciencia internacional, puede abarcar situaciones de diferente alcance material, como la denominada servidumbre por deudas⁽⁶⁾. Asimismo y como se adelantó, la "Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud" incluye la servidumbre por deudas.

Como una síntesis de la complejidad del tema, en 2012, la OIT afirma: "la trata de seres humanos también puede ser considerada como trabajo

(4) OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la Legislación y su Aplicación*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, pp. 20 y 26.

(5) En el año 2000, las Naciones Unidas emitieron tres documentos centrales para diagnosticar y luchar contra la trata de personas, como una modalidad del crimen organizado. Se trata de la "Convención contra el Crimen Organizado Transnacional" y dos de sus protocolos: el "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas", especialmente mujeres y niños, y el "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes". Estos últimos se encuentran supervisados por la ACNUR, la Agencia de la ONU para los refugiados, cuyas bases fundacionales se encuentran en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados de la organización internacional (disponible en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/>). La Argentina ratificó la Convención y sus Protocolos en 2002, y posteriormente, en abril de 2008, aprobó la ley 26.364, de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas.

(6) En http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_182014/lang-es/index.htm.

forzoso, y por lo tanto, las estimaciones de la OIT abarcan prácticamente todas las formas de trata de seres humanos o lo que algunos llaman 'la esclavitud moderna'. La única excepción son los casos de extracción de órganos, las adopciones o los matrimonios forzados, a menos que estos casos se den en ocasión del trabajo forzoso".

En efecto, en el informe denominado "Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzoso (2012). Resumen", el Organismo expresa que esta práctica "(...) afecta a todas las regiones y a sectores muy diversos y que, por lo tanto, asume diferentes caras, incluyendo la servidumbre por deudas, las condiciones de trabajo degradantes, la trata, el abuso de la vulnerabilidad⁽⁷⁾.

Lo hasta aquí apuntado da cuenta de que existen yuxtaposiciones e imprecisiones terminológicas que complican, sin ambages, la profundización del tema a examinar. En efecto, diversos instrumentos internacionales aluden a las precitadas categorías —*trabajo esclavo, forzoso, trata de personas, servidumbre por deudas*— sin diferenciarlas, o derechamente, lo hacen de manera ambigua. De tal suerte, se construyen categorizaciones de género a especie no demasiado justificadas.

El interés por clarificar esta cuestión encierra un interés práctico concreto, que se mencionará seguidamente. No obstante, debe enfatizarse que todas las categorías mencionadas —cualquiera sea el lugar en que las coloque la OIT, la ONU u otra organización internacional— deben ser objeto de la más categórica repulsa por parte de los Estados, sin relativismo alguno⁽⁸⁾, y que las meras declamaciones retóricas resultan inocuas sin la

(7) OIT, "La realidad detrás de las cifras: los rostros del trabajo forzoso", texto disponible en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_181995/lang-es/index.htm, 01/06/2012.

(8) Los aludidos relativismos se refieren a la resignación o el "acostumbramiento" de los grupos involucrados o a las prácticas ancestrales de tamaños crímenes que justificarían, para algunos, un tratamiento más "flexible" para su erradicación. En su muy famoso artículo "Pobre, en términos relativos", Amartya Sen comenta a Peter Townsend —pionero en el enfoque relativista sobre la pobreza— y cita un texto de este último que provee la base conceptual de la definición de pobreza de Townsend (SEN, AMARTYA, —Premio Nobel de Economía— 1998), en *Revista Comercio Exterior*, México, D.F., vol. 53, N° 5, 2003, pp. 413/416: "(c)ualquier conceptualización rigurosa de la determinación social de la necesidad disuelve la idea de 'necesidad absoluta' y una relatividad total se aplica al tiempo y al lugar. Los satisfactores necesarios para la vida (*necessities of life*) no son constantes. Están siendo continuamente adaptados e incrementados en la medida que ocurren cambios en una sociedad y en sus

real y sincera voluntad de los Estados y la comunidad mundial de eliminar las prácticas enunciadas. Valga recordar, como ejemplo de tal aserto, el caso de los denominados *Códigos de conducta*, que son documentos emanados de las propias empresas referidos a condiciones de trabajo, como respuesta a las presiones de ONGs y consumidores. Sin embargo, son muchas las críticas que se formulan a estas normas “autoimpuestas”, pues se las suele considerar un “maquillaje”, que “sirven para tranquilizar la conciencia de los consumidores (...) las grandes marcas no se hacen cargo de los gastos que demanda, por ejemplo, la instalación adicional de matafuegos o sanitarios (...) la mayoría de las mejoras que exigen los Códigos tienen que costearlas las empresas proveedoras (...) los empresarios quieren que los obreros trabajen todavía más duro para recuperar esos gastos (...) las normas de conducta sólo sirven a efectos de su propia propaganda. Los obreros están peor que antes. Las compañías exigen determinados estándares, pero no ponen el dinero para costearlos...”. Sabido es que uno de los efectos de la globalización es la deslocalización de la producción desde los países ricos en tecnología hacia los países más pobres, en busca de trabajo a costos ínfimos: “Esto supone una amenaza para las pequeñas y medianas empresas proveedoras y fabricantes de los países tecnológicamente mejor posicionados, cuyos grandes clientes se inclinan hacia países donde la mano de obra es barata”⁽⁹⁾.

Retomando lo anterior, no se pretende que un enfoque “de laboratorio” o conceptual contribuya significativamente a combatir estas ignominias. La simple percepción de estas últimas (sin rótulo alguno) resulta intolerable. Sin embargo, desde una claridad cognitiva que desenmascare las diversas

.....
productos. La creciente estratificación y una división del trabajo en desarrollo, así como el crecimiento de nuevas y poderosas organizaciones, crean y reconstituyen las necesidades” (TOWNSEND, P., “*The Development of Research on Poverty*”, en DHSS, *Social Security Research: the Definition and Measurement of Poverty*, Londres, HMSO, 1979). Sen, por el contrario, sostiene que hay un núcleo irreductible de privación absoluta en nuestra idea de pobreza, que traduce manifestaciones de muerte por hambre, desnutrición y penuria visible en un diagnóstico de pobreza sin tener que indagar primero el panorama relativo. Por lo tanto, el enfoque de privación relativa complementa y no suplanta el análisis de pobreza en términos de privación absoluta (BOLTVINIK, JULIO, “Conceptos y medidas de pobreza”, en Julio Boltvinik, y Enrique Hernández Laos, *Pobreza y distribución del ingreso en México*, México, D.F., Siglo XXI Editores, 1999, pp. 30/80). Esto es, el ser humano que padece hambre –sea en Haití o en Londres– no admite distingo alguno.

(9) Según lo exponen Christian Mücke y Yunya Yimprasert, autores citados en WERNER, KLAUS y WEISS, HANS, *El libro negro de las marcas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2003, pp. 172/174.

caras que hoy la esclavitud oculta —francamente enmarañadas, quizás, por el alto voltaje emocional de sus manifestaciones—, es posible contribuir a entrelazar normas y hechos con mayor precisión para evitar que por medio de falsos ropajes, las prácticas mencionadas queden impunes. Es también objetivo de esta investigación poner de relieve cómo la jurisprudencia de la justicia federal está logrando —muy progresivamente, como se verá más adelante— que tales propósitos se desbaraten día a día y que ello ha sido posible a propósito de la sanción de la ley 26.364. Idéntico valor cabe conferirle al trabajo conjunto de diversas instancias gubernamentales y/o jurisdiccionales con resultados notoriamente eficaces.

Es fundamentalmente en el ámbito internacional donde los conceptos se entrelazan, y conviene —sobre el punto— efectuar algunas precisiones. Así, se puede afirmar que el trabajo forzoso (Convenios 29 y 105, OIT) no es objeto de una prohibición absoluta, a diferencia de la esclavitud, que sí lo es: es trabajo forzoso no prohibido; vgr., el realizado por los reclusos —bajo determinadas condiciones— o el servicio militar, en ciertos casos; sin embargo, en otros supuestos, “puede ser extremadamente violento o incluso mortal”⁽¹⁰⁾. Con todo, y para remarcar que los conceptos se encuentran indudablemente entremezclados y que el lenguaje jamás es neutral, para la organización, “el trabajo forzoso es la antítesis del trabajo decente”⁽¹¹⁾.

En suma: explicitar las características del denominado trabajo esclavo, sus derivaciones, diferenciaciones y puntos de contacto con otras categorías permitiría identificar adecuadamente la cara doliente de sus víctimas e indagar su protección en las normativas pertinentes, creadas para conjurar sus males.

El tema no es menor: desde la última reforma de la Constitución en la República Argentina, ciertos instrumentos internacionales de DDHH han adquirido la jerarquía de aquélla. De modo tal que, según se encuadre la situación (vgr., en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 4,

(10) JORDAN, ANN, “La esclavitud, el trabajo forzado, la servidumbre por deudas, y la trata de personas: de la confusión conceptual a de soluciones acertadas”, texto disponible en: <http://rightswork.org/wp-content/uploads/2011/04/Documento-de-Discusion-2.pdf>, 2011.

(11) Texto disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news WCMS_181995/lang-es/index.htm.

o en convenios de la OIT, éstos últimos de categoría suprallegal), el tratamiento podría ser diferenciado. Y los jueces laborales deben asumir un rol protagónico en este aspecto, de acuerdo con las proposiciones que al final de esta investigación se efectuarán sobre las bases conceptuales y materiales a desarrollar.

2 | Instrumentos internacionales que prevén la abolición de la esclavitud

Los siguientes instrumentos internacionales determinan los estándares para la abolición de la esclavitud, ocasionalmente el trabajo forzoso y las prácticas similares a la esclavitud (cuando los conceptos se yuxtaponen y participan de idénticas características), así como también la protección en contra de cada una de ellas:

NACIONES UNIDAS

1. Convención sobre la Esclavitud (1926).
2. Convenio OIT (N. 29) relativo al trabajo forzoso (1930).
3. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

El art. 4 de la Declaración establece que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

4. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949, ratificado por la Argentina en 1957)⁽¹²⁾.
5. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956).
6. Convenio 105 OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso (1957).

Este convenio define las prácticas análogas a la esclavitud que los miembros de la ONU deben comprometerse a prevenir en sus países: “[t]odo

(12) En la causa “J.A. y otros, s/ pta. inf. ley 26.364” (sent. del 09/06/2012), la Cámara Federal de Bahía Blanca precisó que “el ejercicio de la prostitución no implica per se el delito de trata”.

miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique este convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- a. como medio de coerción política o educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;
 - b. como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
 - c. como medida de disciplina de trabajo;
 - d. como castigo por haber participado en huelgas;
 - e. como medida de discriminación racial, nacional o religiosa”.
7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 8.3;
8. Convenio 182 OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1989).

Incluye la esclavitud, venta y servidumbre por deudas, trabajo forzoso, reclutamiento para las fuerzas armadas, prostitución, tráfico de drogas y otras actividades ilícitas, u otros trabajos que dañen la salud, la seguridad y la moral de los niños⁽¹³⁾.

(13) Nuestro país aprobó dicho convenio mediante la ley 25.255, promulgada por el decreto 609/00. En una causa fallada el 17 de agosto de 2011, “F.T.C. y otra s/spta. inf. ley 26.364” por la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, se hizo mérito de dichas normas en el caso de una niña de 12 años de edad “captada, acogida y engañada para traerla al país” y una vez aquí se la obligó a trabajar, sin remuneración, viviendo en el mismo lugar donde trabajaba, sin documentos, recibiendo alimentación cuando los dueños de casa así lo decidían, sin poder acceder a estudio o atención médica (...) El núcleo de la figura pasa por (...) las violaciones a la libertad de autodeterminación —bien jurídico protegido— en las que se incluyen como en el caso sub examine los derechos laborales y la libertad misma con reducción a la servidumbre. El fin perseguido por los imputados, y en lo que aquí interesa por F.T., no era la explotación sexual, era el trabajo forzoso de la menor, que el nombrado haya aprovechado ese contexto para cometer otro delito —el abuso sexual de la menor de doce años— no deviene en la conexidad de los mismos, ambos delitos son escindibles y no concursan idealmente entre sí. Así, imprescindible resulta la adopción de medidas de protección y asistencia especial en todo ámbito y carácter, minimizando el posible daño que el proceso penal pueda causar. De este modo, la entrevista mediante Cámara Gesell, la reunión con psicólogos o investigadores especializados con o sin videofilmación, la exploración psicológica, son herra-

9. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). Este protocolo facultativo fue diseñado para penalizar actividades relativas a la venta y adopción ilegal de niños, así como también la prostitución y la pornografía infantil.
10. La **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** (2000) y sus protocolos: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, aprobados y ratificados por la República Argentina (ley 25.632).

CONSEJO DE EUROPA

- I. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) (art. 4).

Constituye el tratado más importante de Europa en derechos humanos: prohíbe la esclavitud y el trabajo forzoso. Asimismo, define lo que no debe ser considerado como trabajo forzoso u obligatorio: el trabajo que se exija normalmente de una persona encarcelada; el servicio militar que se exija en lugar del servicio militar obligatorio; cualquier servicio que se exija en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales.

2. Estatuto de Roma (1998)

Contiene el siguiente texto, de especial relevancia: "1°. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por '*crimen de lesa humanidad*' cualquier-

..... mientas con las que cuenta el fuero provincial para dar un adecuado tratamiento a la cuestión, con profesionales avezados en temas que tratan cotidianamente, deficiencia que no puede soslayarse en este fuero de excepción. Juega aquí el interés superior del niño, la experiencia que se viene desarrollando, básicamente en torno de la creación de organismos o áreas de protección y asistencia a la víctima y una consecuente especialización de los órganos públicos encargados de su investigación y procura de justa represión legal (...) Por último, y a mayor abundamiento, los intereses en juego —la integridad sexual de la menor (...)— ameritan un conocimiento jurídico penal independiente al de trata y una respuesta específica a este tema que no se encuentra ni subsumido ni alcanzado por el delito de trata por el que el imputado se encuentra procesado. Tal afirmación sería un menoscabo histórico padecido por el género, apreciado dentro de otros parámetros de análisis, donde el abuso va de la mano de la violencia doméstica, el acceso al trabajo doméstico forzado, etc." (énfasis agregado).

ra de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque:

- a. asesinato;
- b. exterminio;
- c. esclavitud;
- d. deportación o traslado forzoso de población (...)"

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su art. 6 establece que "nadie puede ser sometido a la esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas".

DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR (ART. 5)

El art. 5 de la Declaración expresa que toda persona tiene derecho al trabajo libre y a ejercer cualquier oficio o profesión, de acuerdo con las disposiciones nacionales vigentes. Los Estados Parte se comprometen a eliminar toda forma de trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para lo cual dicho individuo no se ofrezca voluntariamente.

Asimismo, se comprometen a adoptar medidas para garantizar la abolición de toda utilización de mano de obra que propicie, autorice o tolere el trabajo forzado u obligatorio.

Recordemos, por último, que de los denominados Ocho Convenios Fundamentales de la OIT (1998), la Eliminación de Todas las Formas de Trabajo Forzoso u Obligatorio plasmados en el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105) ponen en evidencia el lugar prioritario conferido a la cuestión por el organismo especializado de la ONU.

3 | La esclavitud desde una perspectiva histórica

3.1 | En general

Desde cualquier enfoque epistemológico, la esclavitud constituye la forma más inhumana de las relaciones interpersonales. Se trata de la sujeción de un hombre a otro, de manera entera, total, con la despersonalización absoluta del sometido⁽¹⁴⁾. De tal forma, si durante el medioevo, se instaló el vocablo “*tripalium*” (y éste aludía a un mecanismo de tres palos, usado como instrumento de tortura⁽¹⁵⁾), obligado es reconocer que *el trabajo actual reconoce su antecedente más remoto, muy precisamente, en la esclavitud*⁽¹⁶⁾. Es bien conocido el pretexto utilizado para justificar su aparición y desarrollo: ante la derrota del enemigo en los continuos enfrentamientos entre las hordas humanas, resultó una idea muy conveniente el *sometimiento* del vencido antes que su muerte; de esa dominación irrestricta, el triunfador obtenía una ventaja adicional de características exponenciales. El conquistado y toda su prole se convertían en dominio del vencedor. La esclavitud y el trabajo “en ciertos tiempos parecen ser términos sinónimos, de tal manera que no se concibe la actividad productora manual separada de un sujeto que se encuentra sometido a otro”⁽¹⁷⁾.

Debe aclararse que no se pretende, con esta afirmación, sino indagar las raíces más profundas del “trabajo” como una forma de relación que, en la actualidad —en especial, gracias a la prolífica labor de la OIT— reconoce un contenido diferente al mencionado en la conciencia internacional y que promueve por su intermedio la cohesión social y la dignificación personal⁽¹⁸⁾.

(14) SANTILLÁN NÚÑEZ, MARGARITA D., “Acciones noxales y responsabilidad por el hecho del esclavo”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales*, Córdoba, año XXIX, N° 4, 1965, pp. 157/167.

(15) MÉDA, DOMINIQUE, *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 48.

(16) AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 563.

(17) Idem nota 16, p. 565.

(18) En 1919, la OIT fue creada a propósito del Tratado de Versalles cuando finalizó la Primera Guerra Mundial y reflejó el imperativo de que la justicia social es esencial para alcanzar una

En efecto, el citado organismo “ha realizado aportes importantes al mundo del trabajo desde sus primeros días. La primera Conferencia Internacional del Trabajo en Washington en octubre de 1919 adoptó **seis** Convenios Internacionales del Trabajo, que se referían a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria (...) Así, la OIT estableció su sede en Ginebra en el verano de 1920 y con gran ímpetu impulsó la adopción de 16 Convenios Internacionales del Trabajo y 18 Recomendaciones en menos de dos años” (énfasis agregado)⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, es ineludible detenerse brevemente, al menos, en las oscuras etapas anómicas del “trabajo”. Tal señalamiento dista de ser un mero capricho, toda vez que la profunda repulsa que por momentos genera el recorrido histórico del “trabajo” como categoría sociológica resulta de suma utilidad para reconocer y fulminar las nuevas formas de dominación de las que se ocupa esta investigación. Lamentablemente, muchas etapas que deberían suponerse superadas hoy se reeditan sin pudor.

Sintéticamente, puede afirmarse que el trabajo esclavo, tanto en la Grecia arcaica como en la clásica⁽²⁰⁾, fue despreciado y, por lo tanto reservado a quienes —a modo de animal doméstico— eran propiedad de alguien. Como señala lúcidamente Méda: “[m]ás allá del escándalo que estos planteamientos han provocado en la buena conciencia europea, conviene detenerse en su significado: las tareas adscritas a la mera reproducción material, son —por definición— serviles, porque nos encadenan a la necesidad. Si hemos de desarrollar lo más humano que hay en nosotros, si hemos de aproximarnos a lo divino, deberemos apartarnos de esas tareas y dejárselas al esclavo, dejárselas al que no es un hombre. Ser cabalmente humano implica otro orden de asuntos: filosofar, contemplar la belleza, ejercer la actividad política, y en cualquier caso, usar la razón, pues el hombre es un

paz universal y permanente. Como antecedente, cabe señalar que las acciones en favor de una organización internacional que enfrentara temas laborales se iniciaron en el siglo XIX y fueron lideradas por dos empresarios, Robert Owen (1771-1853) de Gales y Daniel Legrand (1783-1859) de Francia.

(19) En <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>.

(20) Bien conocidos son los textos de Aristóteles laudatorios de la esclavitud, gracias a la cual los ciudadanos griegos pueden “ejercitarse en su humanidad”.

ser razonable. En la filosofía griega se observa, pues, un persistente empeño por alejar la animalidad del hombre y cultivar lo que Grecia acaba de descubrir: la razón”⁽²¹⁾.

No cambió significativamente el panorama en Roma, cuando en los años 293-304 d.C. Diocleciano y Maximiano afirmaban: “si un esclavo, ignorándolo su señor, o sabiéndolo o no pudiéndolo impedir, hubiera robado por fuerza cosas tuyas, puedes demandar a su señor (...) con la acción noxal por el cuádruplo, si aún no transcurrió un año útil y por el simple importe si transcurrió este tiempo y si no hubiere preferido entregar el esclavo por la noxa (...)”⁽²²⁾. Estas reglas jurídicas dejan al descubierto el cuidadoso esmero por los tiempos de la prescripción de las acciones y por los importes resarcitorios. La concepción del esclavo como un objeto material, dados los valores a garantizar, queda absolutamente ratificada.

La mutación de “esclavo” a “siervo” tomó forma concreta en la época del feudalismo. Y antes del descubrimiento de América, el tráfico de esclavos ya tenía unas proporciones muy reducidas. Esta conquista, sin embargo, poco duró: las primeras incursiones en África reinstalaron el sistema: a partir de 1502 los primeros cargamentos de esclavos llegaron a América y comenzó otro debate: el de la esclavización de los africanos y de los indígenas americanos⁽²³⁾.

Dados los límites de esta investigación, sólo se señalará que, más que ideas humanitarias, han sido motivaciones de carácter práctico las que impulsaron a la abolición de la esclavitud. Cuando la gran industria, con el telar, la máquina de vapor y la segadora, advirtió que la mano de obra libre era más rentable que el trabajo esclavo —al que había que alimentar y hasta socorrer en caso de enfermedad— ganaron terreno las primeras manifestaciones libertarias por parte de los Estados. Así, Gran Bretaña abolió la esclavitud en 1833; México, en 1827; Francia, en 1848; Portugal, en 1858; España, en 1868. En Estados Unidos, el abolicionismo sólo

(21) MÉDA, op. cit., p. 37.

(22) SANTILLÁN NÚÑEZ, op. cit., p. 164 y 166. Para Gaius, en tal hipótesis, y si por cualquier razón, el esclavo moría, “la entrega del cuerpo del que murió libera también”. Esta última aseveración —por el enorme poder, incluso físico, que detentaba el amo sobre el siervo— resulta atroz.

(23) AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 570.

pudo triunfar cuando se demostró que económicamente era más barato el trabajo de un obrero libre que el de un esclavo. Esto, que parece un contrasentido, fue expuesto por Benjamín Franklin, signatario del Acta de Independencia con muy fundadas y veraces razones. Así se produjo la adopción de la XIII Enmienda a la Constitución que dio origen a la Guerra de Secesión. Aun ganada por el norte, los Estados esclavistas del sur encontraron pronto una solución aún mejor que el sistema anterior, pues les permitía tener mano de obra barata sin los gastos consiguientes al sostenimiento del esclavo.

3.2 | La cuestión en la Argentina

En nuestro país, es dato conocido que la Asamblea Soberana General del año 1813 decretó la “libertad de vientres”, conquista que fue seguida —aunque de manera fugaz— por la bienintencionada liberación de los esclavos provenientes de países extranjeros “por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas”, aspecto que quedó mutilado momentáneamente por “las inquietudes que suscitó en Brasil”⁽²⁴⁾. Recordemos que, en la transición, la Constitución de 1826 excluía del derecho al sufragio a los jornaleros, los domésticos a sueldo, los soldados y los “notoriamente vagos”.

Con contundencia, afirma De Vedia que en 1853 la esclavitud quedó “herida mortalmente” mediante el art. 15 de la Constitución Nacional, cuyos términos marcan un espíritu plausible: “[e]n la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”. El texto es loable, aunque desenmascara el paralelo tinte individualista de la época, al establecer una indemnización para quienes, según el mismo artículo —salvada la exigencia de la ley penal *prævia*— habían cometido un crimen desde una óptica material⁽²⁵⁾.

(24) DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución argentina*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1907, p. 83.

(25) No podía, en realidad, esperarse otra cosa de una sociedad en que se permitían actos como los descriptos por Despontin, en su obra *El Derecho del trabajo* (Buenos

Erradicada así la esclavitud —como nos recuerda Aspell, de las diferentes formas de manumisión previas a su dictado, la guerra fue la que más contribuyó al fin de la oprobiosa institución al precio de la aniquilación de los esclavos⁽²⁶⁾—, las diversas olas inmigratorias, también por llamado de nuestra Ley Fundamental, generaron situaciones dignas de destacarse. Señala Cornaglia⁽²⁷⁾ al respecto: “[e]n la segunda mitad del siglo XIX, se instrumentó en el país una vigorosa política inmigratoria, reclutándose en Europa a los proletarios expulsados por el hambre o por la represión al servicio de la restauración imperante en aquellas sociedades (...). Comenzó así a manifestarse la “intermediación, [que] desde sus inicios demostró profundas vinculaciones con prácticas corruptas. La contratación intermediada comenzaba en Europa y se prolongaba en el interior en las colonias agrarias (...). Por su parte, todos los gobiernos de las provincias avalaban a los conchabadores mediante el pago de una patente que autorizaba sus funciones: los ingresos de este impuesto provenientes del trabajo obrero componían buena parte de la recaudación fiscal (...). De esta manera, el salario era desmembrado en cuatro partes, de las cuales el trabajador apenas se llevaba una: el ingenio con sus ‘vales’ retenía una parte, la comisión de los conchabadores otra y los gobiernos provinciales, indirectamente a través de las patentes, completaban la expoliación. Según un informe de la Cámara de Diputados de 1914 los trabajadores regresaban a sus hogares tan pobres como se habían ido”⁽²⁸⁾.

Julio Mafud señala: “[en] el trabajo del puerto, a los intermediarios se los llamaba ‘contratadores’ y lucraban de tal manera, que podían ganar en un día lo que el estibador en un mes. El mismo proceder se dio en la construcción de ferrocarriles. Uno de esos trabajadores relató su experiencia personal de esta manera: ‘[r]ecién al otro día vino un empresario contratista, un ingeniero alto, barbudo, y nos llevó al trabajo de desmonte en piedra dura. Allí nos dijo que trabajaríamos 10 horas al día (en el sol abra-

.....
Aires, 1947, pp. 347/348, autor citado en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 575, nota 67).

(26) ASPELL, MARCELA, “La luz que distingue los colores. El trabajo esclavo en la primera mitad del siglo XIX”, en *Cuadernos de Historia*, Córdoba, vol. 19, pp. 111/119.

(27) CORNAGLIA, RICARDO, “La tercerización en la relación laboral”, L.L., t. 2010-F, Sec. Doctrina, pp. 1067 y ss.

(28) Idem nota (27).

sador) y que ganaríamos \$1,50 al día, deduciéndonos \$15 al mes por racionamiento. A nuestra protesta contra este proceder arbitrario y tiránico, nos amenazó con la autoridad y la cárcel, y como allí había militares cuyo jefe ejercía las veces de autoridad, y no sabíamos a quién dirigirnos en aquella soledad e inmensa montaña, nos sujetamos y nos metimos a trabajar nomás. Después supimos que la empresa Clark contratava estos trabajos con empresarios subcontratistas a buen precio, y éstos nos hacían trabajar. De tal modo, ganaban de nuestro trabajo: primero el subcontratista, después el proveedor que nos racionaba, después Clark y Cía., y después los accionistas de Londres de la compañía FCT (ferrocarril transandino)”. Era también frecuente “la intermediación abusiva en las grandes ciudades, en la casa del contratista o en la del obrero. No cesaba ni siquiera en los conventillos, cuando las tareas se llevaban a cabo en sus míseras e insalubres habitaciones. Todo el trabajo a domicilio era lucrado por los subcontratistas, al servicio de las incipientes industrias de la época”⁽²⁹⁾.

Esta última etapa encarna una mixtura entre “trabajo esclavo” y “trata de personas”, con las características que serán abordadas en el capítulo que sigue.

4 | La trata de personas y el trabajo forzoso. Un llamado urgente

Dado que, como se adelantó, la *servidumbre por deudas* se encuentra claramente subsumida en las figuras descriptas, cabría abocarse a delimitar, en lo posible, los demás conceptos.

Señala la OIT que, teniendo en cuenta la gravedad de estos delitos, los Estados y otros agentes han considerado con frecuencia que el mejor modo de

(29) Mafud, con cita de Eduardo Gutiérrez, en *Juan Moreira*, nos recuerda que “[e]l gaucho, en el estado de criminal abandono en que vive, está privado de todos los derechos de ciudadano y de hombre; sobre su cabeza está eternamente levantado el sable del comandante militar y de la partida de plaza a quienes no puede resistirse, porque entonces, para castigarlo, habrá siempre un cuerpo de línea. Ve para sí cerrados los caminos del honor y del trabajo, porque lleva sobre su frente este terrible anatema: hijo del país. En la estancia, como en el puesto, prefieren al suyo el trabajo del extranjero, porque el hacendado que tiene peones del país está expuesto a quedarse sin ellos cuando se moviliza la guardia nacional, o cuando son arriados como carneros a una campaña electoral” (MAFUD, JULIO, *La vida obrera en la Argentina*, Buenos Aires, Proyección, 1976, p. 21).

encarar el trabajo forzoso y la trata de seres humanos es velando por el cumplimiento del derecho penal y aplicando procedimientos penales, en vez de acudir a la legislación y la administración del trabajo y a la justicia laboral⁽³⁰⁾.

Trata de personas: recuerda el Organismo que con relación a la “*trata de personas*”, el Protocolo de Palermo de 2000 otorga una definición básica en la que se hace una distinción entre ésta y el contrabando, centrándose en los elementos de explotación, engaño y coerción. De acuerdo con este Protocolo: “[p]or trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Apunta la OIT que esta definición es bastante compleja, pero subraya los siguientes puntos fundamentales:

Actividades: incluyen cada fase del ciclo de la trata: captación, transporte, traslado, acogida u hospedaje de personas.

Medios: pueden incluir la amenaza o el recurso a la fuerza, el engaño, el secuestro, la coacción, el fraude, amenazas y abusos de poder o de una situación de vulnerabilidad.

(30) Con fecha 26 de junio de 2012, “la relatora especial de la ONU sobre trata de personas urgió a los gobiernos de todos los países a adoptar leyes claras que tengan como base los derechos humanos de las víctimas para responder a ese delito de manera justa. En su Informe anual al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Joy Ngozi Ezeilo aseveró que, en general, la respuesta de la justicia penal a la trata no tiene como prioridad las garantías fundamentales de las personas que han sufrido ese flagelo. Por este motivo, Ezeilo llamó a los Estados a elaborar legislaciones que penalicen la trata y las actividades relacionadas, además de proveer protección y apoyo a las víctimas y obligar a los traficantes a pagarles una compensación. La experta reconoció que muchos países han logrado avances importantes pero recordó que la penalización no garantiza el fin de ese delito, sino que debe cumplirse la ley cabalmente y se deben imponer castigos adecuados a los responsables de trata. Además, pugnó por enjuiciar a quienes cometan delitos relacionados con la trata, como pueden ser la corrupción, el lavado de dinero, la servidumbre por deuda, la obstrucción de la justicia y la participación en redes criminales”. (Ver texto completo en: <http://www.cinu.mx/noticias/mundial/experta-de-la-onu-aboga-por-ju/>).

Finalidad: la explotación, incluidos el trabajo forzoso, la esclavitud y la servidumbre⁽³¹⁾.

Se ha dicho, en este orden de ideas, "que es una actividad tan lucrativa y tan segura para los delincuentes, por el bajo índice de condenas, que el crimen organizado se está volcando del tráfico de drogas y armas hacia la trata de personas, constituyendo a la fecha el segundo negocio más redituable a nivel mundial"⁽³²⁾.

El trabajo forzoso u obligatorio es entendido por la OIT como todo servicio que se exige a una persona bajo amenaza de sanción y que esa persona no ha accedido a realizar por su propia voluntad. Las penas pueden incluir encarcelamiento, la amenaza o el uso de violencia física y la prohibición del desplazamiento del trabajador fuera del lugar de trabajo. Las amenazas también pueden ser más sutiles: el daño a la familia de la víctima, la denuncia de un trabajador ilegal a las autoridades o la retención de salarios para obligar a la persona a permanecer en el trabajo con la esperanza de llegar a recibir su remuneración⁽³³⁾. Esta forma de sometimiento se encuentra presente en distintas formas, industrias y regiones. Aclara el organismo que, pese reformas legales, el trabajo forzoso y la servidumbre siguen siendo generalizados en diversas industrias de países del oriente, como la minería, la agricultura y la fabricación de ladrillos. En algunos casos, algunas mujeres tienen que trabajar como sirvientes en la casa del patrón, con lo que son vulnerables a sufrir abusos sexuales. Generalmente, sus amos deciden con quién han de casarse y si los niños pueden asistir a la escuela. Cierta población indígena latinoamericana —según el documento— trabaja en condiciones de trabajo forzoso en las estancias; las mujeres sirven como empleadas domésticas. La mayoría de las estancias pagan menos del salario mínimo y a las empleadas domésticas, incluso la mitad. Como muchas veces ni siquiera reciben su salario, estas personas se ven obligadas a pedir préstamos a sus patronos para

(31) En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/instructionalmaterial/wcms_115415.pdf.

(32) CILLERUELO, ALEJANDRO, *Esclavitud Moderna. Trata de Personas*, Posadas, Ministerio de Derechos Humanos de Misiones, 2008, p. 17.

(33) En http://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_151999/lang-es/index.htm.

poder adquirir productos de primera necesidad en la tienda del empleador y a precios exorbitantes, lo que conduce a una espiral de servidumbre por deudas. En países del primer mundo, grupos mafiosos con posibles vínculos con la trata de personas se dedican a proporcionar trabajadores temporales en la agricultura y la horticultura. Trabajan siete días a la semana y de sus reducidos ingresos deben deducir sus gastos de viaje, alojamiento y alimentación. Son víctimas de aislamiento, malos tratos y se los amenaza con represalias contra los familiares que dejaron en casa. En otros países, es notorio el recurso sistemático y generalizado al trabajo forzoso dando muestras de un total desprecio hacia la dignidad humana. Se producen muertes frecuentes por enfermedades y accidentes laborales en proyectos de obras públicas, los porteadores del ejército son utilizados enviándolos por delante en los campos que se sospechan estar minados, y los que resultan heridos o caen enfermos son abandonados en medio de la selva. Las personas que realizan trabajos forzados no reciben alimentos y son víctimas de asesinatos, malos tratos y abuso sexual. Asia y el Pacífico, América Latina y el Caribe, así como el África sub-sahariana siguen siendo las tres regiones con mayor incidencia de trabajo forzoso en relación con su población. En determinados países, muchas personas siguen siendo tratadas como esclavos por sus amos ancestrales, dedicándose esencialmente a cuidar el ganado, realizar labores agrícolas o las tareas domésticas. No cobran un salario y reciben raciones de comida exiguas⁽³⁴⁾.

5 | Conceptos y contenidos

La innegable amalgama que suele darse entre el *trabajo esclavo*, *la trata de personas*, *el trabajo forzoso* y *la servidumbre por deudas*, en atención a lo apuntado, no requiere mayores explicaciones. La "nueva esclavitud" perfilada por Kevin Bales⁽³⁵⁾ asume hoy algún "maquillaje" que puede desorientar temporariamente al intérprete, pero genera idénticas o peores consecuencias a sus víctimas: para la "vieja esclavitud", era un "valor" entendido el cuidado del esclavo, aún por el hecho de considerarlo "cosa". Hoy, ante

(34) Síntesis de la información obtenida en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_083842.pdf>.

(35) BALES, KEVIN, *New Slavery: A Reference Handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 1999.

la enfermedad, vgr., del explotado, la estrategia es desecharlo, para su-
plantarlo inmediatamente por otra víctima. Sin embargo, cabe aclarar:

- I. **La prohibición del trabajo esclavo es absoluta**; también lo es la trata de per-
sonas y el trabajo forzoso en tanto entrañen, precisamente, **prohibiciones**.
En este sentido, toda norma internacional “negativa” que pueda invocarse
—desde ya, asumiendo su ratificación por parte de los Estados⁽³⁶⁾— asume,
a su vez, el carácter de **autoejecutiva**, *toda vez que nada hay que reglamen-
tar cuando el propio Estado impone una abstención*. Claro está, ello vale
tanto para sí mismo, como Estado⁽³⁷⁾, como para combatir **inmediatamente**
—desde su lugar de autoridad— tan aberrantes prácticas con relación a las
industrias o a las personas con suficiente poder de dominación para incurrir
en ellas⁽³⁸⁾.

(36) Salvedad hecha con los denominados “Ocho Convenios Fundamentales de la OIT”,
que se aplica a todos los Estados que pertenecen a la OIT, hayan o no ratificado los
convenios fundamentales.

(37) Los propios Estados, mediante grupos armados, frecuentemente son los victimarios del
trabajo forzoso. Históricamente, algunos gobiernos han utilizado dicho “trabajo” en obras
públicas, como la construcción de caminos (JORDAN, *op. cit.*).

(38) En “C.M.V. y otro s/ procesamiento”, sent. del 13/04/2010, la Sala II de la Cámara Nacional
en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo que V.C.M. y L.C.V. **redujeron a servidumbre**
a siete ciudadanos bolivianos que trabajaban y vivían en su vivienda-taller textil, ubicado en
esta ciudad. Se comprobó la inexistencia, en el taller, de condiciones mínimas de salubridad
e higiene, un prolongadísimo horario laboral que se extendía de lunes a viernes de 7.30
a 22.30 hs. y sábados de 7.30 a 14 hs., salarios muy bajos (entre \$1, 20 y \$ 4, por prenda),
pagados irregularmente, todo ello acompañado de malos tratos. A su vez, las características
de la vivienda mencionada, tales como la falta de higiene e instalaciones mínimas, ausencia
de ventilación y calefacción, humedad, habitaciones sin ventana, con una sola cama de dos
plazas compartidas por familias con dos o tres hijos, un solo baño con deficiencias funcionales
y sin agua caliente para los siete adultos mencionados y cinco niños, terminan de configurar
un estado compatible con la **situación de servidumbre** a la que alude el juez de grado y
comparte este Tribunal. Se resaltó que del informe elaborado por la Oficina de Rescate y
Acompañamiento a personas damnificadas por el delito de trata, dependiente del Ministerio
de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, surgen circunstancias que refuerzan el encuadre
legal de la conducta imputada, vinculada a la explotación laboral: “largas jornadas de trabajo
diaria, insuficiente e inadecuada alimentación, remuneraciones insuficientes y no cobradas,
generación de deudas, malos tratos y amenazas, condiciones precarias de limpieza e
infraestructura, alto grado de hacinamiento”. Señaló el Tribunal que más allá de que algunos
de los empleados señalaron que las salidas del taller se hallaban restringidas, **lo cierto es**
que la reducción a servidumbre no implica necesariamente la privación de la libertad física
de la víctima. Se sostiene que el mentado tipo penal “no resguarda la incolumidad de la
libertad de desplazamiento de la persona, sino que el ámbito de tutela proporcionado por
esta norma alcanza la condición de dignidad y libertad inherente a la persona (...) en este
punto, el consentimiento de la víctima carece de todo efecto jurídico que permita legitimar
este tipo de relaciones serviles” (ABOSO, GUSTAVO, “Código Penal y normas complementarias.
Análisis doctrinal y jurisprudencial”, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio (dir.), Buenos
Aires, Hammurabi, 2008, t. V, pp. 183/185, con cita de Ricardo Núñez). Del mismo modo se

2. **La servidumbre por deudas** es identificada como una “práctica similar a la esclavitud”, pero no constituye la esclavitud real. Es una práctica similar a la esclavitud porque involucra una deuda que no puede ser saldada en un plazo razonable. El ejecutor que se dedica a esta práctica criminal aumenta artificialmente el monto de la deuda, normalmente al añadir una tasa de interés exorbitante, deduciendo poco o nada tras los pagos, e incrementando la cantidad de tiempo que el supuesto deudor debe trabajar. El trabajo no es necesariamente forzado por violencia o amenazas, sino que es forzado por la aceptación forzada por parte de la víctima de su obligación de pagar la deuda artificial.

3. **El trabajo forzoso y su prohibición**, como regla absoluta, contempla algunas excepciones; tales, las posibilidades del servicio militar obligatorio, como es aceptado por diversos documentos internacionales ya enunciados. Con relación a los “internos” de las cárceles, es de destacar que recientemente nuestro máximo Tribunal tuvo oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 121, inc. c de la ley 24.660, en tanto la norma importaba transferir a la persona privada de libertad (el trabajador del establecimiento penitenciario) el costo de su manutención, “que pesa por entero sobre el Estado”⁽³⁹⁾.

.....

ha expedido la jurisprudencia al considerar que “no excluye la configuración del delito de reducción a servidumbre el hecho de la permisión de la salida los fines de semana, dado que este delito no consiste en una privación de la libertad personal, (...) sino que defiende su derecho a que sus servicios o su persona no sean materialmente sometidos al dominio absoluto de otro” (C.N. Crim. y Corr., Sala I, causa N° 27.080, rta. el 23/11/2005; en el mismo sentido, ver de esta Cámara, Sala I, causa N° 40.641, rta. el 30/11/2007, reg. N° 1452). Es decir, la idea que subyace en el concepto de servidumbre, abarca la anulación de la voluntad del sujeto pasivo, por eso su permanencia en esta situación, no significa una aceptación de dicha relación servil. Desde esta óptica, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las víctimas era aprovechada por los imputados para “obligarlas” a aceptar el tácito contrato, pues carecían de opciones dignas de trabajo debido a que la única alternativa era regresar a su país de origen, donde no tenían posibilidad laboral alguna. En este marco, se insertan los dichos de S. Ch. M., al decir que “(...) tuve que volver a venir por necesidad, me dejé convencer para volver” (ver fs. 232/34 vta.). Las situaciones detalladas denotan la existencia de una relación de servidumbre, desarrollada en el marco de una prestación de servicio caracterizada por la violencia psíquica y en condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana. El cuadro descripto no se desvanece frente a la constancia de habilitación del taller textil por parte del Gobierno de la Ciudad. Conforme a lo expresado, corresponde confirmar el resolutorio apelado en cuanto decreta el procesamiento de V.C.M. y L. C. V. por el delito de reducción a servidumbre (art. 140 del C.P.), respecto de S. Ch.M. y Ch. Ch., E.C.M., C.B.Á. R.Q.A. N.L.I.C.y E.Ch.M.a” (énfasis agregado).

(39) Con base en el art. 18 de la Constitución Nacional, en lo establecido en la causa “Verbitsky” (Fallos: 328:1146), en el Comité de Derechos Humanos, al resolver el caso “Womah Mukong c. Camerun”, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y en la Observación General N° 21 del Comité DESC, entre otros fundamentos. Se estableció que es “obligación” del Estado, respecto de todo recluso, la observancia de ciertas reglas mínimas (vgr., habitación, instalaciones sanitarias, nutrición, salud) y, por el otro, que dicha obligación debe cumplirse

Asimismo, el trabajo forzado “no puede ser equiparado simplemente con bajos salarios o con condiciones de trabajo precarias. El concepto tampoco abarca las situaciones de mera necesidad económica, como cuando un trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alternativas de empleo” ⁽⁴⁰⁾.

Ese concepto incluye dos elementos básicos: la prestación de un trabajo o servicio bajo la amenaza de una sanción, y su realización involuntaria. Esta amenaza puede llevar consigo formas extremas, como por ejemplo la violencia física, pero también pueden manifestarse a través de formas sutiles como la sustracción de los documentos de identidad o las amenazas en caso de tratarse de migrantes irregulares.

4. **La trata de personas** no sólo debe identificarse con la situación de explotación sexual⁽⁴¹⁾, sino también con toda actividad que doblegue la voluntad de la persona, regularmente con la desvinculación forzada (o mediante engaños) de su medio cotidiano. Tan diversas pueden ser las formas de explotación humana mediante la “trata” como los mismos procesos de “trata” —reclutamiento, traslado, acogida—. Así, es común encuadrar la explotación laboral o servidumbre mediante los mecanismos de captación propios de la “trata”. Nuestra ley 26.364 de “trata de personas”, en su art. 4, expresa

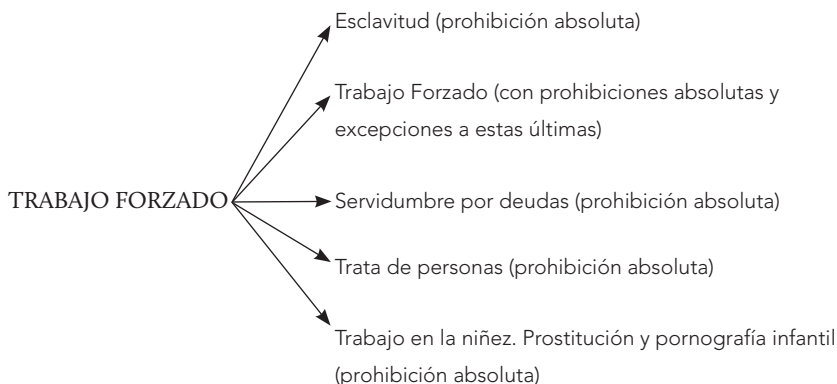
.....
 “siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer[lo] difícil” y “cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate” (comunicación N° 458/1991, 21/07/1994, CPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.3).

(40) En <http://www.sptdss.org.pe/documentos/doc03092009-213226.pdf>.

(41) La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, con fecha 29/12/2011, confirmó parcialmente el procesamiento de los encartados. Señaló el Tribunal que “[n]o caben dudas que las condiciones en las que se encontraba la srta. L, le impedía revertir su situación (...) que en todo momento se encontraba amenazada por los imputados, que le impedían hablar con las personas, inclusive con los compañeros de trabajo, sumado a ello el dato no menor, de que se encontraba residiendo en un país extranjero, completamente extraño para ella, y sin poder comunicarse con ningún pariente que le pueda brindar auxilio, pese a que en reiteradas oportunidades le solicitó a sus explotadores hablar con su familia. Tampoco puede sostenerse como lo resalta el recurrente, que el hecho que la víctima haya venido sola al país —desde Perú— denote una personalidad desenvuelta, ya que la víctima describió claramente las maniobras engañosas de las que se han valido para traerla al país, abusando de la situación de vulnerabilidad de ella y su familia, ofreciéndole un salario por el trabajo de cajera, y a su madre aproximadamente 150 U\$S, bajo argumentos de tener la posibilidad de ganar más dinero, no tener gasto alguno, y que inclusive se le proveería de gastos de pasaje, y una vez allí alimento, ropa y vivienda. Cabe aclarar que el hecho de brindarle comida, ropa y vivienda no es otra cosa que el mantenimiento de la capacidad de ser explotado de la víctima. Dicho en otros términos, brindarle un mínimo de comida y descanso resulta indispensable para que se mantenga la explotación” (énfasis agregado) (“Z.L.J. s/ inf. art. 145 bis del C.P.”, texto disponible en <http://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>).

que “a los efectos de la presente ley, existe explotación en cualquiera de los siguientes supuestos: a) [c]uando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas”⁽⁴²⁾.

5. Puede esquematizarse la cuestión aquí planteada del siguiente modo, **con base en los instrumentos internacionales e internos ya mencionados:**



6 | Herramientas normativas e institucionales previstas para encuadrar las situaciones planteadas

Normativa nacional: como señala un reciente documento de prensa del Ministerio de Justicia, desde que se sancionó la ley 26.364, modificatoria del Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación en abril de 2008, se rescataron 2.846 personas sometidas a la trata, de las cuales 442 eran menores de edad. La citada ley, de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, ha servido de instrumento interno para reprimir y/o desalentar conductas como las examinadas, según se vio en la jurisprudencia referenciada.

(42) La Cámara Federal de Salta, con fecha 29/05/2012, confirmó la sentencia de grado que había condenado a la directora de una escuela albergue y a su esposo por un caso de trata de personas y reducción a la servidumbre en perjuicio de cinco alumnos de entre 8 y 9 años (Expte. N° 857/11, “O., E. y C., W.C. s/ Infracción a la ley 26.364 –trata de personas”, texto disponible en: <http://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>).

No constituye un dato menor que la justicia federal sea la encargada de resolver estas cuestiones, como lo decidió el máximo Tribunal en una cuestión de competencia: “Fiscal s/ Av. presuntos delitos de acción pública”, competencia N° 538, L. XLV, del 23/2/2010. Expresó la Corte que no es posible desconocer la estrecha vinculación que existe entre las infracciones involucradas (trata de personas, tenencia ilegítima de armas, infracción a ley de profilaxis), a lo que debe añadirse la conveniencia, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia, de que la investigación quede a cargo de un único tribunal. En tales condiciones, cuando se configura una relación de esta índole, entre un delito de naturaleza federal y otro de naturaleza ordinaria, la investigación debe quedar a cargo de la justicia de excepción.

La ley 26.364 incorporó al Código Penal diversas figuras. Ellas son, específicamente, el art. 145bis y el 145ter, que —básicamente— penalizan (con condenas que pueden oscilar entre los 3 y 15 años) a quienes captaren, transportaren o trasladaren, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogieren o recibieren personas mayores o menores de dieciocho años de edad, cuando mediar engañ, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación. A su vez, el art. 41ter del Código Penal (también incorporado por la ley 26.364), establece que las escalas penales previstas en los artículos 142bis, 145bis, 145ter y 170 del Código Penal podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. Esta decisión legislativa marca un significativo sentido: el propósito explícito de desbaratar el crimen organizado desde sus más profundas raíces.

La misma ley 26.364 modificó las normas de la ley 25.871 de Migraciones, estableciendo Delitos al Orden Migratorio (arts. 116 a 121).

Como herramientas institucionales y para el eficaz funcionamiento de esta compleja situación, la AFIP, el Ministerio de Justicia y Derechos Huma-

nos⁽⁴³⁾, el MTESS (dentro de la órbita de este último, participa activamente la CONAETI⁽⁴⁴⁾, —Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil—), la Procuración General de la Nación (UFASE)⁽⁴⁵⁾, la Dirección Nacional de Migraciones⁽⁴⁶⁾, la ANSES⁽⁴⁷⁾ y la Oficina de la Mujer de la CSJN⁽⁴⁸⁾ ocupan roles protagónicos. Se trata de una articulación sinérgica entre las diversas instancias institucionales del Estado que persiguen la lucha contra el trabajo en las condiciones que describe esta investigación.

- Es plausible que la ley 26.364 haya impuesto al propio Estado obligaciones de asistencia a las víctimas, quienes tienen los siguientes derechos: a) recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprendan, y en forma accesible a su edad y madurez; b) recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada; c) contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas; d) prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; e) la protección frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, pudiéndose incorporar al programa nacional de protección de testigos en las condiciones previstas en la Ley 25.764; f) la adopción de las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica; g) ser informadas del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; h) ser oídas en todas las etapas del proceso; i) la protección de su identidad e intimidad; j) permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente, y a recibir la documentación o constancia que acredite tal circunstancia; k) que se les facilite el retorno al lugar en el que estuviera asentado su domicilio; l) acceder de manera voluntaria y gratuita a los recursos de asistencia. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad.

(43) En http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/UFASE_Informe_Trata.pdf.

(44) La CONAETI, entre otros muchos logros, ha prestado asistencia técnica al proyecto que dio lugar a la ley 26.390 “De la Prohibición del Trabajo Infantil y la Protección del Trabajo Adolescente”.

(45) En <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/PGN-28-2007.pdf>.

(46) En http://www.mpf.gov.ar/biblioteca/newsletter/notasweb/Convenio_direccion_Nacional_Migraciones.pdf.

(47) En <http://www.anses.gob.ar/denuncias/como-realizar-denuncia.php>.

(48) En http://www.csjn.gov.ar/om/trab_unidades/trata.html.

- En los operativos conjuntos entre la AFIP y el MTEySS⁽⁴⁹⁾, si surgen indicios suficientes para identificar trabajo infantil y/o reducción de servidumbre y/o trata de personas, el responsable del operativo debe, de ser materialmente posible, ponerse en contacto con los siguientes organismos oficiales: Ministerio de Desarrollo Social, UFASE, Dirección Nacional de Migraciones, ANSeS; ello, a fin de poner en su conocimiento la situación que debe fiscalizarse en el operativo. Finalizado este último, el MTEySS efectuará la denuncia judicial correspondiente *per se* o por intermedio de la UFASE. Sin perjuicio de ello, la AFIP recopilará siempre documentos, fotografías, filmaciones. La denuncia será presentada en la fiscalía federal correspondiente al domicilio del operativo; de no ser posible, se recurrirá a otro juzgado federal disponible y/o Policía Federal Argentina.
- El MTEySS será el encargado de informar lo actuado a la Secretaría de Derechos Humanos con todos los antecedentes de lo actuado. El MTEySS aplicará las multas correspondientes y *a posteriori* la AFIP determinará, en su caso, la deuda de aportes y contribuciones conjuntamente con otras sanciones que no sean concurrentes con las que aplique el MTEySS. La inspección del trabajo es una herramienta fundamental para el logro de estos objetivos. Para la OIT el objetivo del “Trabajo Decente” se inscribe dentro de la inclusión social. Se ha incrementado el número de inspectores a 400 en todo el país a través de nuestras 38 delegaciones regionales, lugar desde donde se realizan tareas de inteligencia previa para luego realizar los operativos de control. Ello se tradujo en recuperar presencia y consolidar una credibilidad de todos los actores sociales para el trabajo en conjunto⁽⁵⁰⁾.
- La AFIP ha previsto que ante una evidencia que haga sospechar la existencia de reducción a servidumbre, secuestro extorsivo y/o trata de personas, y/o en caso de observarse circunstancias tales como: presencia de personas extranjeras o nacionales indocumentados; personas ocultas en dependencias del lugar; presencia de colchones o camas en lugares de trabajo; presencia de ventanas y puertas selladas; ausencia de condiciones de luminosidad y ventilación adecuadas; ausencia de condiciones de higiene general; ausencia de baño y cocina limpios y accesibles, y ausencia de elementos de seguridad; en tales situaciones, el responsable del operativo se pondrá en contacto de inmediato, en forma personal e indelegable, con el funcionario de enlace de la UFASE o de las fiscalías en el interior del país y, seguidamente, la división jurídica de cada Dirección Regional de AFIP materializará con la colaboración de la UFASE la denuncia que se presentará, según la posibilidad de cada Dirección Regional, conforme el siguiente orden: 1º) Fiscalía Federal (UFASE); 2º) Juzgado Federal

(49) AFIP, “Articulación del Estado en la Lucha contra el Trabajo Illegal”, documento emanado de la Dirección de Fiscalización Operativa de la Seguridad Social.

(50) En <http://www.trabajo.gov.ar/inspeccion/>.

correspondiente al domicilio del operativo; 3º) Juzgado Federal disponible; 4º) Delegación Policía Federal Argentina.

Una vez presentada la denuncia penal, en estos términos, la AFIP será la encargada de remitir a la Secretaría de Coordinación y Monitoreo Institucional y Secretaría de Derechos Humanos, mediante nota certificada, los antecedentes administrativos y de la Denuncia Penal interpuesta y comunicar lo actuado al MTEySS.

- En el ámbito del Ministerio de Trabajo, además de la aplicación de las leyes 25.212 y 25.877 y concordantes, respetuosas de las normativas y recomendaciones OIT pertinentes, se establece el Sistema Integrado de Inspección de Trabajo y la Seguridad Social (SIDITYSS), destinado al control y fiscalización del cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social en todo el territorio nacional. Asimismo, la "Coordinación de Prevención del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente" asiste técnicamente a la Subsecretaría de Fiscalización del Trabajo y la Seguridad Social de la Secretaría de Trabajo en la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente e insta al cumplimiento del objetivo N° 5 del Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, que establece la necesidad de fortalecer los sistemas de inspección del Trabajo en materia de prevención y erradicación del Trabajo Infantil y protección del Trabajo Adolescente y promover la figura del inspector de trabajo como actor clave para la protección de la infancia y la adolescencia.
- Desde el área de la Oficina de Rescate y Acompañamiento (Ministerio de Justicia y DDHH), el foco está colocado en la prevención e investigación del delito de trata de personas, a la vez que acompaña y brinda asistencia jurídica a las personas damnificadas hasta el momento de su declaración testimonial. Está integrada por un equipo interdisciplinario, conformado por las divisiones específicas de las fuerzas de seguridad, profesionales en Psicología, Trabajo Social y Abogacía. El equipo profesional interviene conjuntamente con las fuerzas de seguridad desde el momento en que se realiza el primer contacto con una víctima, ya sea porque ha sido rescatada o porque ha logrado escapar de sus captores. Las víctimas, según lo dispone la ley, deben "prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado". Por ello, la intervención del equipo de profesionales radica en asegurar que las condiciones en que la víctima preste declaración testimonial dé cumplimiento a lo dispuesto por ley 26.364 y por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Las víctimas cuentan con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas antes de prestar declaración testimonial y las psicólogas dictaminan si las mismas están en condiciones de declarar y bajo qué forma. Si el estado de la víctima lo requiere, las profesionales in-

tervinientes podrán gestionar que las declaraciones se efectúen a través de la cámara Gesell. Una vez concluida la declaración testimonial, las víctimas deben ser asistidas por los programas especializados de “Asistencia a Víctimas del delito de Trata de Personas”⁽⁵¹⁾.

7 | Conclusiones y propuestas

- Son variadísimos los instrumentos normativos e institucionales que se han elaborado para conjurar el denominado “trabajo esclavo”, en sus diversas manifestaciones. Es evidente que la Argentina ha planificado sobre la cuestión y se encuentra gestionando la eliminación de estas formas de degradación del individuo, posición en la que participa la conciencia universal, mediante políticas de compromisos internacionales que intentan conjurar los males investigados.
- Las empresas multinacionales que utilizan la estrategia de la tercerización no deberían desentenderse por los hechos de trata y trabajo forzoso en su cadena de suministro. La búsqueda y utilización de mano de obra “de bajo costo” tiene el límite de la dignidad humana; de tal modo, los “proveedores” locales no pueden erigirse en los únicos responsables de las atrocidades descriptas. Los gobiernos deberían intervenir para evitar el comercio de bienes producidos con menoscabo a las normas internacionales como las examinadas y condicionar los acuerdos comerciales y de inversión al respeto por las prácticas de derechos humanos de las empresas.
- No debe soslayarse que, en la mayoría de las hipótesis descriptas del “trabajo esclavo”, se verifican situaciones de “trabajo prohibido” —caso de trabajo infantil, migrantes en situación irregular, etc.— cuyos créditos laborales se encuentran protegidos, ya que la interdicción está siempre dirigida al empleador, resultando inoponibles a la víctima las consecuencias de aquélla en lo referente a sus derechos a la percepción de la remuneración y de las indemnizaciones por despido (art. 40 LCT).
- Más compleja es la situación de las personas esclavizadas para el comercio sexual, que representa una clara situación de “trabajo ilícito” para nuestra LCT. En estos casos, deberían asegurarse, para la víctima, las reparaciones derivadas del art. 1072 del Código Civil (queda claro que las crueles prácticas de sometimiento a trabajo esclavo se hacen a sabiendas y con la intención de provocar

(51) Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Resolución 2149/2008.

un daño en la persona o en los derechos de otro). Como en ciertos supuestos —vgr., art. 95 de la LCT— se presume el daño, tamañas crueldades no pueden considerarse inocuas. De allí la necesidad de asegurar el derecho a una reparación económica integral a cargo del delincuente.

- Ciertas actividades, por sus propias características, deberían ser objeto de un especial control estatal a fin de eliminar el posible trabajo esclavo: el servicio doméstico, el trabajo agrario, el trabajo a domicilio y el tan moderno como controvertido “tele-trabajo”.
- A partir de la sanción de la ley 26.364, desde el aspecto penal, estas prácticas perversas están siendo paulatinamente desbaratadas en la República Argentina. En lo más puntual, la norma castiga “la explotación”, esto es: “cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas; cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual”, entre los supuestos que especialmente atañen a esta investigación. Los jueces laborales cuentan, específicamente, con herramientas de derecho internacional —algunas de ellas, de jerarquía constitucional, como las citadas al comienzo de este estudio—. Por ello, ante reclamos que permitan suponer la existencia de “trabajo esclavo” en sus diversas manifestaciones, los magistrados especializados —del fuero del trabajo— podrán constatar si se configura tal situación, para lo cual cuentan con la posibilidad de recurrir al reconocimiento judicial. De ser así y si correspondiera, deberán atender los reclamos por créditos laborales y resarcitorios (incluida la situación de “trabajo ilícito” ya mencionada, con base en el derecho común). Esta situación además exigirá que se ponga en conocimiento de la justicia penal federal la posible comisión de los hechos ilícitos ya referidos.
- La mencionada ley 26.364 y las normas concordantes con ella han generado un cambio notorio y altamente positivo para la erradicación de la obscenidad que representa el trabajo esclavo. Desde su sanción, la actividad jurisdiccional se ha dinamizado notoriamente y ello, gracias a las acciones de las instituciones gubernamentales y de la comunidad toda, que proporcionaron las bases fácticas para la punibilidad del trabajo servil. Por lo demás, el componente disuasivo que entraña un país cauteloso frente a tales prácticas ya representa un logro de enormes dimensiones. Sin embargo, es innegable que la prevención, mediante políticas de inspección y monitoreo constantes —apuntaladas por el marco institucional descripto, que revela una verdadera política de Estado dirigida a combatir estas formas de dominación—, seguirá siendo imperativa. Asumiendo las palabras de Herbert Spencer (1820-1903), nadie puede ser perfectamente libre hasta que todos lo sean.

Bibliografía

- ARESE, CÉSAR, “El trabajo esclavo contemporáneo”, *Revista de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 13/33, 2011.
- ASPELL DE Yansi Ferreira, Marcela, “La esclavitud en Buenos Aires: 1810-1853”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n°17, pp. 5/58, 1989.
- CABANELLAS, GUILLERMO, *Introducción al Derecho Laboral*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961, vol. I.
- CHILLERUELO, ALEJANDRO R., “Trata de personas para su explotación”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 2008-D, pp. 781/792.
- CHAMATROPULOS, DEMETRIO A., “¿Es necesario una nueva ley de trabajo a domicilio?”, *Revista Nova Tesis*, Buenos Aires, vol. 11, pp. 72/83.
- COLAUTTI, CARLOS E., *Derechos Humanos*, Universidad, 1995.
- COLOMBO, MARCELO, “UFASE Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas”, *Revista Y Considerando*, Buenos Aires, vol. 101, pp. 10/13.
- COOLEY, LL. D. Thomas M., Angell, Alexis C., Carrié, Julio (traductor), *Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, 2da ed., Peuser, 1898.
- DE VEDIA, Agustín, *La Constitución Argentina*, Buenos Aires, Coni, 1907, vol. I.
- DÍAS, JORGE D., “Teletrabajo y esclavitud. Los teleoperadores de los llamados `call centres o contact centres’”, *Revista de Derecho laboral y Seguridad Social*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. 2011 B, pp. 1959/1964.
- FLORES, ERCILIA R. E., Romero Díaz, María D., Vélez, Victor María (prol.), *Trata de personas con fines de explotación*, Córdoba, Lerner, 2009.
- GAMBACORTA, MARIO L., “Sistema de inspección y trata de personas en el mundo del trabajo”, *Revista Jurídica La Ley Ciudad de Buenos Aires*, vol. 2012-2, pp. 149/154.
- GÓMEZ BARBELLA, Leonel G., “La relación entre delitos de trata de personas y reducción a servidumbre. Similitudes y diferencias básicas”, *Revista Jurídica La Ley*, vol. 2011-9, pp. 1/8.
- HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, “La nueva ley de trata de personas”, en Cafferata Nores, José I. (comp.), *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008, pp. 125/140.
- KAPSTEIN, ETHAN B., “El nuevo comercio global de esclavos”, *Archivos del presente Revista Latinoamericana de temas internacionales*, Buenos Aires, Fundación Foro del Sur, vol. 42, pp. 29/40.
- MACAGNO, MAURICIO E., “Algunas consideraciones sobre los nuevos delitos de trata de personas con fines de explotación (arts.145 bis y 145 ter. CP)”, *Revista Jurídica La Ley*, vol. 2008 F, pp. 1252/1265.
- ONASSIS, ELENA F., *Trata de personas: La esclavitud del siglo XXI*, Buenos Aires, Lerner, 2011.
- REPETTO, ROBERTO, “Historia de un gran error judicial (La Corte Suprema de Estados Unidos y el caso Dred Scott)”, *Revista de la Federa-*

ción Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires, n° 5, pp. 8/23, 1969.

ROMANO, CARLOS A., “Sustracción y trata de niños. Análisis de la eficacia operativa”, en Quaini, Fabiana, Restitución internacional de menores: aspectos civiles y penales, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009, pp. 349/452.

SCHÁVELZON, DANIEL, Buenos Aires negra. Arqueología histórica de una ciudad silenciada, Buenos Aires, Emecé, 2003.

TANZI, HÉCTOR J., “La abolición de la esclavitud en la Argentina”, Revista Jurídica de San Isidro, Buenos Aires, n° 10/11, pp. 219/227, 1976.

El trabajo informal

Su impacto en el financiamiento de la Seguridad Social

por **ADRIANA A. MICALE**⁽¹⁾

Mientras se individualiza al desempleo como una de las causas más visibles del desfinanciamiento de los sistemas contributivos que integran la Seguridad Social, el trabajo informal plantea un desvío en los registros, oculta el análisis de sus causas y genera una derivación de recursos para asignaciones no contributivas, que sólo deberían alcanzar a quienes no pueden obtener empleo por razones de enfermedad, avanzada edad o situaciones particulares que se consideren, según los casos para su otorgamiento.

Si bien los sistemas de reparto asistidos cuentan con los aportes de los trabajadores y contribuciones de los empleadores a esto se suma los aportes del tesoro que intentan resolver el déficit presupuestario del sistema, en tanto ese aporte es prácticamente paritario en los guarismos, se desnaturaliza la asistencia, formando parte sustancial en su sostenimiento.

Se ha dicho sobre el particular que "en América Latina y el Caribe, el contexto para el análisis de la viabilidad de los modelos de seguridad social y sus instituciones está caracterizado por tres elementos principales: una elevada inequidad en la distribución del ingreso y la riqueza, que no parece mejorar, o no lo suficiente ; altos índices de pobreza; y predominio de una economía informal creciente como generador de empleo. Los tres

.....
(1) Abogada. Magister. en Seguridad Social de la O.I.S.S. y la Universidad de Alcalá de Henares.

fenómenos se refuerzan mutuamente y se correlacionan con otros elementos del entorno socioeconómico y demográfico, y, en conjunto, conforman un escenario complejo y difícil de afrontar desde el punto de vista de las políticas públicas de extensión de la protección social y de la viabilidad de los modelos e instituciones de seguridad social. Y frente a un proceso de globalización que deja como balance un mercado laboral informal extendido y en franco proceso de crecimiento, una pregunta fundamental que se plantea es: Qué pueden hacer las instituciones de seguridad social para garantizar su viabilidad y la viabilidad de los modelos de seguridad social que las sustentan, en especial en términos del cumplimiento de su misión de brindar protección y a la vez contar con el suficiente apoyo de la población para desarrollarse en el tiempo.

Para que las instituciones de seguridad social mejoren su perfil de viabilidad política, económica y financiera —actuarial— han de tener la capacidad de ser partícipes del cambio en el modelo de protección social bajo el cual funcionan, de una manera preactiva, lo cual siempre requerirá la aplicación de una fuerte dosis de autocritica e innovación”⁽²⁾.

De este modo si se revisa la legislación actual, sólo el trabajo registrado ampara mayoritariamente a los individuos y a su grupo familiar, salvo el pago de la asignación universal por hijo o embarazo.

También en algunos casos la protección llegará a pesar de la informalidad cuando tras plantear una acción judicial declarativa para probar la existencia y modalidades de la relación laboral, conforme lo establece la Ley de Riesgos del Trabajo, se logra la cobertura. Sin embargo la acción declarativa, aún cuando tramite mediante un procedimiento sumarísimo, seguramente demandará un tiempo excesivo, generalmente incompatible con la necesidad del damnificado, en definitiva sin cumplimiento del principio de INMEDIATEZ, relevante para los principios de la Seguridad Social. De igual modo algunas reglas de probatoria de servicios impartidas por la Administración Nacional de la Seguridad Social, permitirán a

(2) FABIO DURÁN VALVERDE, Especialista en Seguridad Social en Oficina Subregional para los Países Andinos. Oficina Internacional del Trabajo “El impacto de un mercado laboral informal en la viabilidad de las instituciones de seguridad social”, Mercado laboral informal y estrategias para aumentar la viabilidad de las instituciones de seguridad social”.

los trabajadores probar servicios aún cuando su empleador no lo hubiere registrado, permitiendo en determinadas situaciones integrar servicios, y en algunos casos lograr cobertura lo, que escapa incluso a las reglas del financiamiento de tipo contributivo.

I | La ley de Contrato de Trabajo

El orden normativo local, en materia de derecho del trabajo, claramente a través del Art. 79 que se refiere al deber de diligencia e iniciativa del empleador, establece que el empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan.

El sentido de este artículo es convertir en un deber contractual el cumplimiento de todas las obligaciones que las leyes y otras normas, (especialmente de la seguridad social), ponen en cabeza del empleador y que han de (...)“posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan a este último”. La norma refiere a una variedad de supuestos (seguro de vida obligatorio, percepción de asignaciones familiares, servicios de obras sociales, prestaciones por desempleo, etc.) .

El artículo por su parte impone al principal la obligación de un obrar diligente, para posibilitar que el prestador de servicios pueda gozar de los beneficios que las normas del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ponen al alcance de éste.

Ese obrar diligente implica en principio que la iniciativa de tal comportamiento esté a cargo del dador de trabajo. Se dice en principio porque no podrá reprochársele al empleador la frustración de determinados beneficios, frente a la negligencia o desidia del trabajador, que por ejemplo omite cumplir con ciertas cargas como entregar en tiempo oportuno certificados que hacen al estado civil de su persona, del nacimiento de sus hijos, de las constancias de la regularidad escolar etcétera, como requisitos previos e indispensables para hacerse acreedor a ciertas asignaciones

familiares o la falta de presentación de los mismos cuando la tramitación se efectúe directamente por el trabajador ante la Administración.

Por esa razón el segundo párrafo del Art. 79 de la LCT se encarga de aclarar que el empleador (...) "No podrá invocar en ningún momento el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las obligaciones dependiesen de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente de su parte que estuviesen a su cargo, como agente de retención, contribuyente u otra condición similar.

Quiere decir entonces que el empleador deberá arbitrar los medios necesarios para advertir al trabajador de las cargas que le estén impuestas a este último, a fin de liberarse de la responsabilidad por la frustración total o parcial de los beneficios que la ley acuerda. Y, en todo caso, la norma pone a cargo del principal la prueba de haber cumplido oportunamente las obligaciones a su cargo. Tal como no es dable sólo el cumplimiento de una obligación formal sin que se verifique el efectivo cumplimiento. De modo que al empleador se le imponen obligaciones, tal como la obligación de registro, obligación de ingresar aportes y contribuciones e impuestos.

Por su parte el Art. 80 de la LCT, obliga al empleador a ingresar los fondos de la seguridad social y los sindicales a su cargo (...) "Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social".

La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual. El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables. Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

2 | La ley previsional

Las obligaciones al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, emanadas del art. 12 de la ley 24.241, que expresa que - Son obligaciones de los empleadores, sin perjuicio de las demás establecidas en la presente ley: a) Inscribirse como tales ante la autoridad de aplicación y comunicar a la misma toda modificación en su situación como empleadores, en los plazos y con las modalidades que dicha autoridad establezca; b) Dar cuenta a la autoridad de aplicación de las bajas que se produzcan en el personal; c) Practicar en las remuneraciones los descuentos correspondientes al aporte personal, y depositarlos a la orden del SUSS; d) Depositar en la misma forma indicada en el inciso anterior las contribuciones a su cargo; e) Remitir a la autoridad de aplicación las planillas de sueldos y aportes correspondientes al personal; f) Suministrar todo informe y exhibir los comprobantes justificativos que la autoridad de aplicación les requiera en ejercicio de sus atribuciones, y permitir las inspecciones, investigaciones, comprobaciones y compulsas que aquella ordene en los lugares de trabajo, libros, anotaciones, papeles y documentos. g) Otorgar a los afiliados y beneficiarios y sus derechohabientes, cuando éstos lo soliciten, y en todo caso a la extinción de la relación laboral, las certificaciones de los servicios prestados, remuneraciones percibidas y aportes retenidos, y toda otra documentación necesaria para el reconocimiento de servicios u otorgamiento de cualquier prestación; h) Requerir de los trabajadores comprendidos en el SIJP, al comienzo de la relación laboral, en los plazos y con las modalidades que la autoridad de aplicación establezca, la presentación de una declaración jurada escrita de si son o no beneficiarios de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, con indicación, en caso afirmativo, del organismo otorgante y datos de individualización de la prestación; i) Denunciar a la autoridad de aplicación todo hecho o circunstancia concerniente a los trabajadores, que afecten o puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones que a éstos y a los empleadores imponen las leyes nacionales de previsión; j) En general, dar cumplimiento en tiempo y forma a las demás disposiciones que la presente ley establece, o que la autoridad de aplicación disponga. Las reparticiones y organismos del Estado mencionados en el apartado 1 del inciso a) del artículo 2º, están también sujetos a las obligaciones enumeradas precedentemente.

Los aportes y contribuciones obligatorios serán ingresados a través del SUSS, a cuyo efecto los mismos deberán ser declarados por el empleador en su doble carácter de agente de retención de las obligaciones a cargo de los trabajadores y de contribuyentes al SIJIP.

3 | La ley de empleo

El art. 7 de la ley nacional de Empleo 24.013 obliga al empleador a registrar la relación laboral. Se considera cumplida cuando se inscribe al trabajador en el libro especial del art. 52 de la LCT o en la documentación laboral que haga sus veces (se refiere a los libros o documentación exigidos o permitidos por los distintos regímenes particulares). El Registro único de personal que crea el art. 86 de la ley 24.467 para las pequeñas empresas. La sección especial establecida en el art. 13, apartado 1 del decreto 342/92 para las empresas de servicios eventuales y para las usuarias de tales servicios. Los libros establecidos por la ley 12.713 de Trabajo a Domicilio y a su decreto reglamentario 188.755/42. El libro especial del art. 122 del régimen nacional de Trabajo Agrario, Ley 22.248 etc.

4 | La ley de asignaciones familiares

El decreto 1382/2001, que derogó la ley 24.714 , en su art. 26 y que entró en vigencia el 1 de enero de 2002, dispuso en su art. 12 obligaciones a cargo del empleado tales como el pago de una contribución del 7.5% sobre la remuneración imponible .

La inclusión de las asignaciones familiar por hijo y por embarazo, no contributivas son financiadas sólo por el estado, quien ha otorgado a través de ellas cobertura no solo a desempleados sino también a trabajadores que no cuentan con el beneficio y a otros colectivos que por ser informales quedan alcanzados por ellas.

5 | Fondo de desempleo

Por su parte el art. 28 del decreto mencionado en el punto anterior, establece un aporte a cargo de los empleadores del sistema Integrado de

Jubilaciones y Pensiones equivalente al 1,5% de la nómina salarial, con destino al financiamiento del Fondo Nacional de Empleo.

6 | Salud y obras sociales

La ley 23.660 establece varias obligaciones a cargo del empleador, y lo hace a través de su art. 16

7 | Ley de riesgos del trabajo

Las principales obligaciones que se derivan de la ley de Riesgos del Trabajo, la ley 24.557, están previstas en los artículos 27 y 31, referidos a las Afiliaciones y regulación de Derechos, Deberes y Prohibiciones.

8 | Obligaciones asegurables

El decreto 1567/74, instituyó un seguro de vida a cargo del empleador, quien debe contratarlo de manera obligatoria por cada trabajador dependiente a su cargo. Se cubre la muerte, no la invalidez —aunque fuera total— y los beneficiarios son los que denuncia el trabajador y en su defecto los herederos declarados legalmente.

En Argentina si bien se ha profundizado la formalización con la promoción de regímenes como los de los pequeños contribuyentes, (monotributistas) régimen para el personal de servicio doméstico, la reimplementación de los convenios de corresponsabilidad gremial, por ejemplo, con otras medidas se ha producido un mayor desfinanciamiento, como se ha analizado en ocasión de la vigencia del art. 6 de la ley 25.877⁽³⁾.

Por su parte, la implantación de las políticas de inclusión han sido emergentes necesarios para profundizar la redistribución, sin embargo las herramientas que se han ideado no han sido lo suficientemente eficaces como para desestimular el fraude, por el contrario profundizan el desfi-

(3) Si bien se admite la conveniencia inmediata de la medida, se evalúa la incidencia negativa en el financiamiento de la Seguridad Social.

nanciamiento, reduciendo las obligaciones contributivas a cargo del empleador.

Muchas de las medidas de incentivo como la mencionada⁽⁴⁾ en tanto se sostienen con reducción en las contribuciones patronales, se relevan como negativas desde el punto de vista del financiamiento de la Seguridad Social.

La inclusión en el Título III, sobre la “Promoción de Empleo”, relegó a la acción reglamentaria de la norma la instrumentación de un mosaico difícil de ensamblar en la situación de financiamiento del *Sistema Previsional Argentino*.

Es que más allá de la eficacia de este tipo de medidas, para lograr un aumento en el mercado de empleo, e incentivar la creación de fuentes de trabajo; la ley laboral promovió la incorporación de nuevos trabajadores, pero con cargo al desfinanciamiento del sistema.

En efecto el estímulo dirigido a las pequeñas y medianas empresas⁽⁵⁾, sin embargo va más allá al alcanzar a las que empleen hasta ochenta trabajadores y cuya facturación anual neta no supere volúmenes, los que cuantificados determina un monto máximo de \$ 10.800.000; en la industria y minería, de \$ 43.200.000; en el comercio, \$ 86.400.000; y en empresas de servicios, de \$ 21.600.000⁽⁶⁾. Para el supuesto de que la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional de la Nación puede emitir una nueva resolución que modifique las sumas indicadas, o para el caso de que las desagregue en nuevas categorías, su publicación en el Boletín Oficial regirá como actualización automática de las pautas necesarias para la inclusión en el beneficio.

.....

(4) Art. 6 ley 25.877

(5) Aunque su alcance —dado el número de ochenta trabajadores fijados como límite para dimensionar las unidades alcanzadas por el beneficio—, se encuentra más cerca de la noción amplia del art. 5° de la Ley de Contrato de Trabajo que del art. 83 de la ley 24.467, que se sirve de la mitad de dicho número (esto es cuarenta trabajadores) para definir a la Pequeña Empresa.

(6) El artículo 1° in fine de decreto 817/04, determina que se computará como facturación, el monto de las ventas totales, excluido el Impuesto al Valor Agregado y el impuesto interno que pudiera gravarlas, correspondientes al promedio de los tres años fiscales inmediatos anteriores a la solicitud de la promoción.

Sin embargo, estuvieron alcanzadas por este beneficio muchas más empresas que las encuadradas en la calificación realizada por el art. 83 de la ley 24.467, y por tanto consideradas como “pequeñas empresas”. Según los datos arrojados por el Censo Industrial de 1993, el 96,5% de los locales censados tenía menos de cincuenta trabajadores ocupados. En consecuencia, como el beneficio se extendió a empresas que ocupen hasta ochenta trabajadores, quedan alcanzadas prácticamente la totalidad de las empadronadas⁽⁷⁾.

Por otra parte, la reglamentación, haciéndose eco del mandato conferido por la propia ley estableció que serían beneficiadas con la exención parcial del pago de contribuciones, aquellas empresas que realicen contrataciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.877, cuando dichas contrataciones impliquen un crecimiento nominal en la cantidad de trabajadores empleados bajo las formas contractuales previstas en las leyes de Contrato de Trabajo (n° 20.744, t.o. 1976), de trabajo agrario (n° 22.248) y de la industria de la construcción (22.250), con la sola excepción del contrato de trabajo eventual, previsto en el art. 99 de la referida ley laboral común.

Cuando una empresa en condiciones de petitionar la aplicación de la exención parcial, lo aplicó, pudo tomar en cuenta la “Declaración Jurada de Aportes y Contribuciones” destinados a los regímenes nacionales de la Seguridad Social y Obras Sociales, declarados en el mes inmediato anterior.

La reglamentación en su momento excluyó del beneficio a aquellas empresas que hubieren producido despidos colectivos en el segundo semestre del año 2003, como a las que poseyeron un número base de empleados inferior al registrado en el mes de enero de 2004, impidiéndoles, en tales casos, la referida reducción en sus contribuciones.

El beneficio estatuido en el art. 6° de la ley 25.877 y su reglamentación por el decreto 817/94 y sus prórrogas consistió en una “(...)exención parcial de las contribuciones al sistema de la Seguridad Social, equivalente a la terce-

(7) LOZANO, CLAUDIO, citado por MEGUIRA, HORACIO D. y GARCÍA, HÉCTOR O., “La Ley de Ordenamiento Laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo”, *Reforma Laboral Ley 25.877*, suplemento especial *La Ley*, marzo de 2004, p. 23.

ra parte de las contribuciones vigentes”(…), las que se verían aumentadas cuando el trabajador que se contratara para ocupar el nuevo puesto de trabajo fuera un beneficiario de programas sociales, en cuyo caso la exención parcial se elevará a la mitad (50%) de dichas contribuciones.

La acción reglamentaria, con lo dispuesto, ha distinguido la situación de los beneficiarios del plan Jefes y Jefas de Hogar, de la de los trabajadores que, percibiendo prestación por desempleo, se reincorporan a la vida laboral⁽⁸⁾.

Si bien dicho impacto sobre la recaudación del sistema se inscribe en un contexto en que el Estado ha dejado de percibir recursos no sólo por reducción de las contribuciones patronales, sino también por el incremento del trabajo informal y por el propio desempleo, el impacto de la reducción de las contribuciones patronales, es relevante en el costo total, en el marco de análisis que contempla el llamado Costo de Transición y Otras políticas de incidencia⁽⁹⁾.

8.1 | La nueva Jurisprudencia: Una perspectiva favorable

Cabe tener en cuenta la situación que conlleva demandar a un empleador por la falta de registración o por la inclusión en la indemnización de conceptos remunerativos, en cuyo caso tendrá para sí la Administración Federal de Ingresos Públicos, a través de su función de recaudación y ejecución, la potestad de ingresar para el sistema, los montos oportunamente omitidos.

Tal el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽¹⁰⁾ que acogió la pretensión de un jubilado para que fueran considerados en el cálculo de

(8) Ley 24.013, art. 123: “El derecho a la prestación se extinguirá en caso que el beneficiario quede comprendido en los siguientes supuestos: “c) Haber celebrado contrato de trabajo por un plazo superior a 12 meses”.

(9) ROFMAN RAFAEL, “El sistema Previsional y la Crisis de la Argentina”, Documento de Trabajo n° 7, del Banco Mundial para Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay, www.bancomundial.org.ar (la síntesis conceptual, me pertenece).

(10) Real Antonio Lorenzo c/Administración Nacional de la Seguridad Social Fallo febrero 8 de 2011.

su haber jubilatorio, los conceptos no remunerativos percibidos durante su vida laboral previamente reconocidos, en una sentencia del fuero laboral⁽¹¹⁾.

El Supremo Tribunal revocó la sentencia que había rechazado el planteo que pretendía el reajuste del haber previsional tomando en cuenta los salarios y el tiempo de trabajo en forma no registrada, al entender que "(...) en el caso no se había considerado que había una sentencia firme que condenó a quien fuera su empleador a realizar los aportes y contribuciones adeudados(...)".

El accionante había acudido en Queja, ante el Rechazo del Recurso Extraordinario que realizara la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que a su turno había revocado la sentencia de primera instancia dictada por el titular del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 3, que sí había reconocido la pretensión.

8. 2 | Los antecedentes del caso

El actor, en primer lugar planteó judicialmente contra su empleador el pago de conceptos no remunerativos, como parte de la base para el cálculo de la indemnización por despido, lo que le fue reconocido en sede laboral.

Más tarde pretendió que la remuneración integrada con dichos conceptos se reflejara por vía del reajuste en el cálculo de su haber previsional.

Si bien administrativamente no logró acogida, el reclamo fue recepcionado favorablemente en la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social.

La Administración Nacional de la Seguridad Social se agravió e interpuso recurso de Apelación tomando intervención así la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

.....

(11) Expediente 11037/96 Sentencia firme del 17 de febrero de 1997.

8.3 | La Cámara Federal

La Sala II en su decisorio entendió que a pesar de que en sede laboral se haya constatado la registración irregular, y por tanto condenarse a la empleadora a extender un certificado con aportes y contribuciones a los organismos de seguridad social, la base de cálculo del salario de actividad reajustado según la sentencia laboral con los conceptos declarados, no tiene incidencia en el haber de la jubilación pues sólo producía efectos entre las partes litigantes pero no con respecto a terceros.

Explicó que las obligaciones entre el empleador y la administración de la seguridad social según el diseño legal vigente impiden que se establezca un perjuicio para el dependiente por el incumplimiento de los aportes y contribuciones al sistema. Añadió que la responsabilidad por el ingreso oportuno de las cotizaciones previsionales se encuentran fundamentalmente en cabeza del empleador, pero que si el trabajador consintió durante larga data percibir salarios “en negro” en flagrante violación a la legislación de seguridad social, no puede pretender un ajuste de su haber jubilatorio con fundamento en aquellos.

Asimismo agregó que cualquier reconocimiento ha de conllevar recíprocamente el cumplimiento de las cotizaciones de la seguridad social correspondientes. Finalizó que mientras esto no ocurriese era improcedente el reajuste.

8.4 | El recurso

Claramente agraviado por el fallo de la Sala II, el actor presentó un Recurso Extraordinario planteando que, la legislación para el caso, impone una obligación de imposible cumplimiento para el trabajador, pues recae en el empleador cumplir con el pago de los aportes y contribuciones.

Sostuvo el recurrente que poner en cabeza del trabajador la obligación de denunciar al empleador incumplidor, implica el riesgo de sufrir un despido y en el caso, encontrándose el actor en situación de avanzada edad, y no gozar de otros ingresos ni contar con capacitación para obtener un nuevo empleo, no se garantiza el principio de igualdad porque nada le asegura al trabajador la protección y su fuente de trabajo.

Sostuvo así que la sentencia de la cámara federal es arbitraria porque viola la garantía de defensa en juicio que, para que sea efectiva requiere de una derivación razonada del derecho vigente, con relación a los hechos probados en el proceso.

8.5 | El fallo de la corte

En su sentencia el Alto Tribunal puso de resalto, en principio que, aún cuando los agravios del recurrente se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas como regla y por su naturaleza a la vía de excepción intentada⁽¹²⁾ ello no resulta óbice para habilitar, la instancia federal, cuando lo decidido prescinde de prueba conducente y desatiende los fines tuitivos de la legislación previsional, con grave menoscabo de las garantías constitucionales.

Llega a tal análisis, por cuanto el juzgador interviniente en la Cámara Federal de la Seguridad Social ha obviado el estudio de "serios y conducentes elementos que se aprecian en la causa." La corte no compartió el criterio asumido por la Sala II en cuanto entendió que no corresponde la adecuación de los haberes en relación con la remuneración de la actividad si no se ha dado cumplimiento con el correspondiente ingreso de las cotizaciones a la seguridad social; y como consecuencia de ello, que en tanto no se efectúen es improcedente el reajuste.

La Corte consideró en su análisis que se omitió la prueba aportada en el expediente que tramitó en sede laboral, en cuanto allí se determinó la obligación de ingresar esos recursos al sistema, por parte del empleador obligado.

Al descartar ese medio probatorio, la sentenciante dijo que "(...) no sólo deja huérfana de fundamento a la sentencia, sino que no encuentra sustento firme en la prueba aportada a la causa, y sólo trasluce el apartamien-

(12) La vía es de excepción en tanto ha sido derogado el artículo 19 de la ley 24.463 que en su redacción original establecía que "a sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas por ley el artículo 1 de la ley 26.025 lo establece sin perjuicio de la validez de los recursos interpuestos con arreglo a dicha norma hasta la fecha de publicación de la Ley de referencia) 22/04/2005.

to de algunos elementos que, por su magnitud, podrían variar el resultado del proceso”.

En efecto, la aplicación dogmática del art. 25 de la ley 18.037⁽¹³⁾ que realiza el organismo previsional para denegar el reajuste al afiliado con fundamento central en la falta de retención de aportes, ignora que judicialmente se condenó al empleador a realizar dichos aportes y contribuciones (y también que el reclamante en dicha demanda laboral denunció los incumplimientos, con fundamento en normas posteriores).

De tal manera, que “la interpretación realizada no armoniza su texto con el resto del ordenamiento y adopta una hermenéutica parcial, aislada y errónea, pues se limitó a dar preferencia a las normas de los arts. 2º del decreto 679/95 y arts. 19.c y 21 de la ley 24.241, que se mencionaron en la resolución administrativa, que no las contradicen en la medida que la sentencia del fuero del trabajo determina la obligación de ingresar los aportes previsionales correspondientes”.

Resaltó en su fallo la corte que la Cámara no tuvo en cuenta el valor emergente de una sentencia firme que condenó a la empleadora del aquí actor a abonar tanto las diferencias salariales denunciadas, como a efectuar las contribuciones previsionales ajustadas a las conclusiones de la sentencia y entregar el certificado correspondiente. Destacó además en otro pasaje el fallo, que si bien la Administración Nacional de la Seguridad Social afirma tener en cuenta las conclusiones de la sentencia mencionada en orden al cómputo de los servicios prestados por el trabajador no consideró un aspecto conducente: tal lo es cumplir con el requisito que ahora traslada al trabajador en su perjuicio. Se soslaya asimismo que eventualmente la Administración era la obligada a controlar que ese ingreso de aportes ocurra, y en todo caso promoverlo. Y que, si

(13) Téngase en cuenta que la remisión al art. 25 de la ley 18.037 aún derogada, es procedente, atento a que la ley 24.241 en su TÍTULO I-Disposiciones complementarias prevé en el ARTICULO 156º que *Las disposiciones de las leyes 18.037 (t. o. 1976) y 18.038 (t. o. 1980) y sus complementarias, que no se opongan ni sean incompatibles con las de esta ley, continuarán aplicándose supletoriamente en los supuestos no previstos en la presente, de acuerdo con las normas que sobre el particular dictará la autoridad de aplicación.* Y en tanto la ley 24.241 no lo ha previsto es aplicable el art. 25 de la ley 18.037: *Aunque el empleador no ingresare en la oportunidad debida los aportes y contribuciones, el afiliado conservará el derecho al cómputo de los servicios y remuneraciones respectivas, siempre que se denuncie por el trabajador el incumplimiento dentro de los 6 meses de la relación laboral (texto según regl. 1976).*

esta exigencia se encuentra firme, que el razonamiento de la Cámara implica soslayar cuestiones ya decididas —sobre cuyo acierto no corresponde expedirse en esta instancia—, en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en sede laboral. Entendió la Corte que los excesos y omisiones señalados, pues, bastan para sostener que la actitud del sentenciador no condice con la extrema cautela con que deben actuar los jueces, en el tratamiento de beneficios de orden alimentario, ordenando así que se debe declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia. En virtud de ello, se admitió la queja, declaró procedente el recurso y se procedió a dictar, por quien corresponde, nueva sentencia, que garantizará definitivamente el derecho del jubilado a contar para el cálculo de su haber con los montos otrora no remunerativos y considerados con dicho alcance por el juez en lo laboral.

9 | Conclusiones

La lucha contra el trabajo informal, sin registro alguno o con sub registro es la batalla a favor de la protección social del trabajador que mantiene un ingreso regular, no engrosa las filas del desempleo real, pero carece de los beneficios de la Seguridad Social y se hace beneficiario de los beneficios no contributivos que deben sólo alcanzar a quienes no cuentan con ingresos.

Un notable avance generan algunas acciones judiciales como la comentada, toda vez que si bien hay otros antecedentes jurisprudenciales, con intervención de la Corte Suprema, en los que se hace lugar al reconocimiento de los conceptos no remunerativos⁽¹⁴⁾ como base del cálculo en las

(14) "Lapaco, Miguela c/ ANSES s/ reajustes varios" Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, 12/6/09 ordenó que se recalculara la jubilación de un trabajador teniendo en cuenta las sumas "no remunerativas" que estuvo percibiendo en estos años. La ANSES apeló el fallo, pero la Corte desestimó ese recurso, quedando el fallo firme. De acuerdo al fallo, la ANSES deberá re-liquidar con retroactividad la jubilación de la actora médica, esta vez incorporando los suplementos no remunerativos de su sueldo en actividad, lo que implica un incremento aproximado del 20%. En los fundamentos del fallo, los camaristas sostienen que la ley de jubilaciones sostiene que a los fines previsionales, remuneración es todo ingreso que recibe un trabajador en retribución o compensación por su actividad personal prestados en relación de dependencia, incluidos los suplementos que tengan el carácter de habituales y regulares. En este caso los suplementos percibidos por Lapacó eran habituales y regulares, por lo que deben ser tomados en cuenta para el cálculo jubilatorio. 1. Los suplementos por función jerárquica y de productividad se encuentran comprendidos del art. 6° de la ley 24.241,

indemnizaciones y como consecuencia considerarlas para el cálculo del haber, no avanzan sobre la crucial cuestión del financiamiento. La consideración del fallo en sede laboral como perjudicial, impacta favorablemente en la recaudación de los aportes y contribuciones que deben financiar en forma genuina el flujo de pago de las prestaciones presentes.

Asimismo sería deseable que los estímulos para la formación de empleo no se sustenten en una transferencia de recursos sociales. La disminución de las contribuciones patronales, es la afección del autofinanciamiento del sistema. Por lo cual, técnicamente más que un déficit, produce una disminución en los recursos por desfinanciamiento.

En tal caso se podría pensar en la conveniencia de otras alternativas, tales como por ejemplo, el desgravamiento de impuestos que no tienen afectación específica, como Bienes Personales o Ganancias, tomando el modelo de desgravamiento utilizado para el estímulo de las imposiciones voluntarias y los depósitos convenidos⁽¹⁵⁾, del derogado Régimen de Capitalización.

.....
disposición que considera remuneración a los fines del SIJP, todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia. 2. Al precisar el concepto de remuneración a los fines del SIJP, el art. 6 de la ley 24.241 se refiere, entre otros ingresos que percibe el afiliado, a las gratificaciones y suplementos adicionales, en la medida en que los mismos revistan el carácter de habituales y regulares. Es decir que las características de habitualidad y regularidad son determinantes para que esa entrega suplementaria de dinero sea considerada remunerativa y forma parte integrante del salario del trabajador. 3. La enumeración que efectúa el art. 6 de la ley 24.241 no es taxativa sino ejemplificativa, se complementa con una precisión que expresa con claridad la intención del legislador de que nada quede fuera del cuadro de remuneraciones sujetas a tributación previsional cuando incluye a toda otra retribución cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia.

.....
 (15) Art. 56 y 57 de la ley 24.241

El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo

por **JUAN I. ORSINI**⁽¹⁾

I | El Estado social y la afiliación de los trabajadores a la sociedad a través de los derechos sociales

Como es sabido, la aparición del Estado Social como formación político-constitucional (una de cuyas principales manifestaciones la constituyó el surgimiento de los derechos sociales) respondió al reconocimiento de que la apropiación libre e ilimitada del trabajo ajeno, propia de la primera etapa del capitalismo (Estado Liberal, en el cual no existía regulación jurídica alguna de las relaciones de trabajo, que se dejaban libradas a las

.....

(1) Abogado (UNLP). Magister en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa (UCLM, España). Especialista en Constitucionalismo del Estado Social (UCLM, España). Especialista en Jurisdicción Social y Nuevo Derecho del Trabajo (Escuela Judicial de España). Especialista en Derecho Laboral (UBA). Profesor Ordinario Adjunto de Derecho Social, Secretario del Instituto de Derecho Social y de la Especialización en Derecho Social (UNLP). Profesor Visitante en las Universidades de Castilla-La Mancha (España), Católica de Cuenca (Ecuador) y San Carlos (Guatemala). Subsecretario de la Secretaría Laboral de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

“leyes” del mercado) resultaba, además de injusta, socialmente inviable en el largo plazo, como bien quedó demostrado a partir del estallido de la *cuestión social*.

De ese modo, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se va moldeando una nueva disciplina jurídica que, sin perjuicio de su carácter ontológicamente ambivalente, vino a asumir la tarea central de re-afiliar a la sociedad a los productores directos, devolviéndoles la garantía de subsistencia que, como clase, habían perdido en el tránsito de los sistemas pre-capitalistas hacia el capitalismo⁽²⁾.

En el plano jurídico, esa ardua tarea fue llevada a cabo por el Estado Social a través de dos instrumentos fundamentales, que más tarde se convertirían en nuevas ramas del derecho: el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social.

Así, el Derecho del Trabajo, reconociendo la desigualdad estructural que subyace entre empresarios y trabajadores en el ámbito socio-económico, aparece para regular las relaciones de trabajo a través de un nuevo negocio jurídico (contrato de trabajo), cuyo núcleo duro (orden público laboral) va a quedar sustraído a la voluntad de las partes, estableciéndose un conjunto de normas imperativas de derecho necesario que, restringiendo la autonomía de la voluntad, establecen el mínimo de derechos que deben garantizarse al trabajador.

Mientras que, paralelamente, y como insoslayable complemento de aquél, surge el Derecho de la Seguridad Social, mediante el cual la sociedad —a través del Estado, y operativizando el principio cardinal de la solidaridad social— concurre en apoyo de aquellos sujetos que, al verse afectados por contingencias sociales, quedan impedidos, transitoria o definitivamente, de satisfacer personalmente esas condiciones materiales de existencia mediante el trabajo personal.

(2) Sobre la peor situación, en el plano material, de los “trabajadores libres” en el capitalismo liberal previo al Estado Social, en comparación con las relaciones de trabajo propias de los sistemas esclavista y feudal, ver SUPLOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. de José Luis Gil y Gil, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 97; PÉREZ REY, JOAQUÍN, *Estabilidad en el empleo*, Madrid. Ed. Trotta, 2004, pp. 30/31; CORNAGLIA, RICARDO J., *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, p. 69.

De ese modo, a través de estas dos herramientas centrales —a las que generalmente se accede, directa o indirectamente, por la condición de trabajador⁽³⁾— el Estado Social constituye, por medio de los derechos sociales, una especie de *propiedad social*, es decir, un sucedáneo de la propiedad privada destinado a proteger de la miseria y la marginalidad a todos aquellos sujetos que —desprovistos de medios de producción, e imposibilitados, por tanto, de producir para sí mismos— no están amparados por la protecciones que, contra cualquier clase de contingencias socioeconómicas, brinda la propiedad privada⁽⁴⁾.

En consecuencia, el Estado Social, abandonando la deliberada prescindencia del Estado Liberal en materia socioeconómica, opera un fenómeno de rehabilitación de la clase no propietaria⁽⁵⁾, devolviéndoles a sus integrantes la afiliación a la sociedad mediante la garantización de un piso mínimo de derechos. En ese contexto, no parece exagerado señalar que el Derecho del Trabajo constituyó la normativa jurídica más valiosa para las condiciones de vida de las clases subalternas de toda la historia del Derecho⁽⁶⁾.

Tal es la relevancia de esos derechos sociales que, tras un proceso no exento de retrocesos, los mismos adquirirán —primero, con el constitucionalismo social, desde la segunda década del siglo XX— el rango de derechos constitucionales y —más adelante, con la consagración de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tras la segunda guerra mundial— la jerarquía de derechos humanos fundamentales.

(3) Sin que ello implique desconocer que el Derecho de la Seguridad Social, materializando el principio de universalidad, ampara a sujetos que no necesariamente revisten la condición de trabajadores dependientes, no es posible soslayar que a buena parte de los subsistemas de la seguridad social, de base eminentemente contributiva, solo se puede acceder a partir de aquélla condición laboral.

(4) CASTEL, ROBERT, *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?*, Viviana Ackerman (trad.), Buenos Aires, Ed. Manantial, 2004, p. 42/47.

(5) CASTEL, ROBERT, *op. cit.*, p. 47.

(6) CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Fruta Prohibida. Una aproximación histórica-teorética al estudio del derecho y del estado*, 5ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 246.

2 | La tendencia empresarial hacia la evasión de las normas laborales y el indispensable rol del Estado para garantizar su cumplimiento

Sin embargo, es evidente que no alcanza con la consagración normativa de los derechos, pues —como se puede verificar en el ámbito del Derecho en general, y en el marco del Derecho del Trabajo en particular— una cosa es el *deber ser* y otra, muy diferente, la *facticidad material*.

La realidad y la historia demuestran que, en tanto el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social implica un costo económico para el empleador, éstas generan resistencias y no suelen ser acatadas espontáneamente, sino que frecuentemente las empresas (de ordinario orientadas a la obtención de la mayor cantidad de ganancias posibles) intentan evadirse de las mismas⁽⁷⁾.

Si en un momento inicial esa resistencia se exteriorizó por la vía más directa de plantear que las primeras normas que imponían cargas y deberes laborales a los empresarios eran inconstitucionales por vulnerar el dere-

(7) Tanto es ello así que, cuando el control estatal del cumplimiento de las normas laborales se relaja o desaparece, algunos empresarios vuelven a formas de explotación de la fuerza de trabajo que parecían históricamente superadas por la humanidad, como ciertas formas residuales de trabajo forzoso que aún persisten en muchos rincones del planeta. Bien se ha señalado que “la esclavitud es la forma originaria de apropiación del trabajo ajeno, y a ella vuelven los poderosos cada vez que las circunstancias se lo permiten” (ARIAS GIBERT, ENRIQUE, “El negocio jurídico laboral”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 318). El fenómeno no es paradójico, sino consecuencia lógica de la razón instrumental capitalista: si, como vimos, el capitalismo liberal previo al Estado Social colocó a los productores directos en peor situación material que la esclavitud, una vez que aquéllos fueron rehabilitados por los derechos sociales, que limitaron la libre apropiación del trabajo, algunos empresarios intentaron —cuando el contexto se los permitió— retornar a esa libre apropiación a través del trabajo forzoso, que les permite sortear esas limitaciones impuestas por el Estado Social. Ello explica la magnitud del trabajo forzoso en la actualidad, que no es nada menor, y suele estar infravalorada, como se puede advertir al analizar los datos que brinda la OIT: en el año 2005 existían 12.000.000 de personas sometidas a situaciones de trabajo forzoso en el mundo (O.I.T., Una alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Boletín ILO on line n° 22/05, del 11/5/2005). Así hemos tenido la triste oportunidad de verificarlo recientemente en nuestro país, al detectarse situaciones de trabajo forzoso en las actividades agraria y textil, entre otras.

cho de propiedad y la libertad de contratar, una vez que, consolidado el Derecho del Trabajo, ese argumento tuvo que ser definitivamente descartado⁽⁸⁾, el plan de evasión mutó hacia formas más oblicuas: el incumplimiento liso y llano de la legislación protectoria imperativa, o los mecanismos por los cuales se intenta encubrir el verdadero carácter de la relación laboral o el real beneficiario de la apropiación del trabajo recurriendo a la simulación o al fraude, lo que supone que el empleador pretende incumplir la normativa, pero adoptando previsiones para no caer en la situación jurídica de responsabilidad prevista como consecuencia del acto ilícito, conectando el incumplimiento con un objetivo de irresponsabilidad o impunidad posterior.⁽⁹⁾

De todo lo expuesto se colige que el Estado Social tiene asignado un rol fundamental para garantizar la efectividad de los derechos de los trabajadores, tarea que debe materializar a través del ejercicio pleno de las tres funciones estatales esenciales.

Así, si históricamente el proceso se inicia con el ejercicio de la función legislativa, a través de la regulación normativa de las relaciones de trabajo en clave protectoria del trabajador, inmediatamente después, para que esa labor no se quede en una mera declaración lírica de intenciones, el Estado debe garantizar —en ejercicio de las funciones administrativa y jurisdiccional— el efectivo cumplimiento de las normas dictadas, mediante actitudes preventivas, represivas y reparadoras, a través de la policía, del trabajo y la justicia del trabajo.

(8) Toda vez que sostenerlo supondría la negación misma del Derecho del Trabajo, que nació para limitar en alguna medida la libertad (patrimonial) y la propiedad (privada) de los empresarios para poder garantizar un mínimo de libertad (individual) y de propiedad (social) a los trabajadores desprovistos de aquéllos derechos. Cuadra en ese contexto volver a repasar las preciosas palabras de la Corte Suprema: *“toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo”*, doctrina que (inspirada en los conceptos vertidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el famoso caso *“West Coast Hotel c. Parrish”*), fue plasmada por la Corte Federal en la causa *“Prattico c/ Basso y Cía”* (sent. del 20/5/1960, Fallos 246:345) y replicada en numerosos precedentes posteriores hasta la actualidad (*“Alvarez c/ Cencosud”*, sent. del 7/12/2010, La Ley, 2011-A, p. 177).

(9) LÓPEZ, JUSTO, en López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, Ed. Contabilidad Moderna, 1978, T° I, pp. 138/139.

Huelga señalar que, cuando cualquiera de esas funciones estatales falla, la efectividad de los derechos sociales queda suspendida, y con ella, se pone en riesgo la afiliación de los trabajadores a la sociedad que garantizó el Estado Social para rehabilitar a los desposeídos.

3 | Trabajo registrado o legal y trabajo clandestino o ilegal

Precisamente para que la función estatal de control de cumplimiento de las normas laborales sea realmente efectiva, es que se impone la obligación de registrar las relaciones individuales de trabajo que vinculan a los empleadores con los trabajadores.

Como es sabido, en nuestro derecho positivo el contrato de trabajo-tipo (contrato por tiempo indeterminado, de prestaciones continuas y a jornada completa, arts. 90/91, L.C.T.) es un contrato no formal o de forma libre, que admite incluso la forma de la declaración o el comportamiento (arts. 21 y 48, L.C.T.).

Sin embargo, aunque ello no tenga ninguna incidencia constitutiva del vínculo, el empleador debe, necesariamente, documentar la existencia del contrato de trabajo, registrándola tanto en instrumentos privados que debe confeccionar cumpliendo con los requisitos legalmente establecidos (art. 52, L.C.T.), cuanto ante los organismos estatales que conforman el Sistema Único de Registro Laboral (arts. 7 y 18 inc. a), ley 24.013).

En efecto, con arreglo a lo que prescribe el citado art. 7 de la Ley Nacional de Empleo, se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador:

- a. En el libro especial del art. 52 de la L.C.T. o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes legales particulares.
- b. En los registros mencionados en el art. 18 inc a) de la ley 24.013 (Sistema Único de Registro Laboral), que comprende la inscripción del empleador y la afiliación del trabajador en determinados subsistemas de la Seguridad Social (sistema previsional, asignaciones familiares y obra social).

De ello se colige que esta doble obligación instrumental que se le impone al empleador está claramente direccionada a tornar efectivo el control del cumplimiento patronal de las obligaciones laborales (art. 52, L.C.T.) y de la seguridad social (art. 18 inc. a), ley 24.013), para que de ese modo resulte posible garantizar esa afiliación a la sociedad de los trabajadores que constituye la razón de ser del Estado Social.

Las relaciones laborales que no cumplen con las dos inscripciones mencionadas deben considerarse no registradas, como lo aclara el último párrafo del art. 7 de la ley 24.013. Es evidente que los requisitos son acumulativos, no sólo porque el plural utilizado por dicha norma ("los requisitos fijados en los incisos precedentes") no deja lugar a dudas, sino también, porque así lo aclara expresamente el art. 2 del decreto 2725/91, reglamentario del art. 7 de la ley 24.013. Por lo tanto, la circunstancia de que el empleador hubiere cumplido con alguna de esas obligaciones (por ejemplo, si lleva correctamente el libro del art. 52 de la L.C.T., pero no registró al trabajador en los organismos de la seguridad social; o viceversa cuando, habiendo cumplido con el deber de inscripción y afiliación ante éstos, no documentó el vínculo en el libro mencionado) no obsta a que el contrato de trabajo se considere no registrado, con todas las consecuencias que ello trae aparejado⁽¹⁰⁾.

Cuando el empleador no cumple con la obligación de registrar al trabajador que imponen las normas mencionadas, estamos en presencia de *trabajo ilegal o clandestino*, por oposición al *trabajo legal o registrado*.

Ello ocurre con idénticos alcances en todos los casos en los que un vínculo que objetivamente reúne las notas tipificantes del contrato o de la relación de trabajo (prestación de servicios en un régimen de ajenidad y dependencia a cambio de una remuneración, arts. 21/22, L.C.T.), no ha sido registrado por el empleador, sin que tenga ninguna relevancia la intencionalidad de quien se beneficia con el trabajo ajeno. De modo tal que, a los efectos que venimos analizando, debe considerarse no registrado el vínculo tanto en el caso en el que el empleador decide deliberadamente no inscribirlo para sustraerse de los costos que ello implica, o pretende evadir

(10) En ese sentido, ha sostenido la jurisprudencia: "En el marco jurídico que proveen los artículos 7 y 18 inc. a) de la ley 24.013, corresponde hacer lugar a la indemnización prevista en el art. 8 de esa ley cuando la registración de la relación de trabajo fue sólo realizada en el libro del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, incumpliendo así la prescripción contenida en el inc. b) del art. 7 de la Ley de Empleo y determinando la operatividad del último párrafo de ese artículo". SCBA, "Ledesma c/ Villar" (sent. del 14/10/2009), Juba, L. 89.731.

intencionalmente ese deber a través de mecanismos de fraude (v.g., interposición de personas) o simulación (v.g., aparentando normas contractuales no laborales), como en el supuesto en el que el dador de empleo no registra la relación entablada con un tercero por haber considerado —aun de buena fe, pero erróneamente— que no revestía carácter laboral (v.g., al haber creído que se trataba de una relación comercial, o de trabajo autónomo).

En relación a esto último, cuadra precisar que, por aplicación del principio de primacía de la realidad, deben prevalecer los hechos y la sustancia por sobre las formas jurídicas que los revisten, de modo tal que la responsabilidad patronal por el incumplimiento o la evasión de las normas laborales se produce siempre objetivamente, sin necesidad de demostrar una conducta subjetivamente reproachable por parte del empleador para imputarle las consecuencias del accionar antijurídico⁽¹¹⁾.

Por lo demás, por más extenso que haya sido el período durante el cual la relación laboral haya permanecido clandestina, en modo alguno puede considerarse que el mero transcurso del tiempo pueda computarse para plantear que el trabajador pudo haber “consentido” el carácter no laboral del vínculo y la consecuente falta de registración, confirmando o purgando la conducta ilícita del empleador. Ello es así (aún prescindiendo del dato evidente de que el trabajador no registrado está en una situación de precariedad e inestabilidad mayúsculas, lo que explica y justifica su silencio como una derivación del temor al despido, impidiendo que se lo tome en cuenta como una declaración espontánea de voluntad), no sólo porque la ilicitud es continuada (es decir, se sigue cometiendo mientras no se registre la relación), sino también, porque, al estar en juego una cuestión de orden público, el incumplimiento del deber de registración laboral no podría ser válidamente consentido por el trabajador ni siquiera en forma expresa, por lo que mucho menos aún podría considerárselo tácitamente admitido por su silencio y la falta de reclamos⁽¹²⁾. Máxime cuando la

(11) En ese sentido, con toda precisión ha declarado la SCBA: “Por imperio del principio que rige en materia laboral de primacía de la realidad deben prevalecer los hechos verificados en la causa sobre las formalidades o apariencias, más allá de lo que las partes hayan pactado o entendido convenir y aún sin necesidad de examinar el grado de intencionalidad o responsabilidad de cada una de ellas”, SCBA, “Abbondanza c/ Pacha Kin S.R.L.” (sent. del 3/8/1993), JUBA, L. 50.911; SCBA, “Maciel c/ Sancor Cooperativas Unidas Ltda.” (sent. del 9/5/2012), JUBA, L. 97.480.

(12) Al respecto, ha resuelto la casación bonaerense: “Resulta desacertado computar como dato relevante para la calificación del contrato el ‘consentimiento’ que implícitamente habría

cuestión del trabajo registrado excede, aunque lo contemple, el interés individual del trabajador afectado, como lo analizaremos más adelante.

Finalmente, cabe precisar que el trabajo puede ser totalmente clandestino (ante la lisa y llana ausencia de registración del contrato de trabajo, art. 8, ley 24.013) o parcialmente clandestino (cuando el contrato ha sido registrado, pero de manera deficiente, por ejemplo, por haberse consignado datos falsos: una fecha de ingreso posterior a la real, o un salario inferior al percibido, arts. 9 y 10, ley 24.013).

4 | El neoliberalismo, la huida del derecho del trabajo y el crecimiento exponencial del trabajo clandestino. La dualización del mercado de trabajo

Más allá de los terribles efectos que provoca sobre el trabajador individualmente considerado, la clandestinidad laboral no constituiría un verdadero flagelo social si el fenómeno representase un problema marginal.

Sin embargo, no es precisamente ello lo que ocurre en el mundo en general ni en nuestro país en particular, en el que —a partir de la situación generada por la aplicación de políticas de claro signo neoliberal que se iniciaron con la dictadura de 1976/1983 y se profundizaron en la larga década de 1989/2002— el trabajo no registrado se ha convertido en un problema de una magnitud considerable, es decir un verdadero “*virus cultural*”⁽¹³⁾.

.....
prestado el actor —derivado del silencio y la falta de reclamaciones al respecto— toda vez que, en caso de que se verifiquen los requisitos legalmente establecidos para la configuración de un contrato o relación de trabajo (arts. 21 y 22 de la L.C.T.), la circunstancia expuesta en modo alguno puede enervar la calificación del vínculo como laboral, ya que —por imperio de los principios de irrenunciabilidad y primacía de la realidad que imperan en la disciplina (art. 39 inc. 3 de la Const. Prov. y 12 y 14 de la L.C.T.)— la eventual falta de reclamos y el pretendido ‘consentimiento’ resultan por completo irrelevantes a los fines de definir el linaje del contrato”, SCBA, “García Cambón c/ Clínica Colón S.R.L”, (sent. del 1/10/2008), JUBA, L. 90.373; SCBA, “Urrutia c/ Usina Pop. Cooperativa” (sent. del 29/2/2012), JUBA, L. 97.962.

(13) Ha señalado calificada jurisprudencia que la clandestinidad laboral “si bien disvaliosa y atentatoria a los derechos humanos, cunde en el país como un virus cultural”, CNAT, Sala VI, “Cascio c/ San Sebastián S.A.”, (sent. del 29/8/2003); SCBA, “Glenon c/ Antonello S.A.I.C.” (sent. del 25/11/2009), Juba L. 89.782.

En efecto, lo que en la edad dorada del Estado Social (1945/1975) era un problema contingente, se convirtió (en el Estado Neoliberal o Postsocial) en un problema estructural que constituye actualmente una de las más graves deficiencias del mercado de trabajo, a la vez que uno de los grandes desafíos pendientes para la reconstrucción de aquél.

Como es sobradamente conocido, uno de los objetivos centrales del neoliberalismo fue atacar los cimientos del Estado Social mediante políticas de *desregulación* y *flexibilización laboral*, con la finalidad de desactivar regresivamente los derechos que los trabajadores habían logrado conseguir tras largas décadas de lucha.

En ese contexto, desde mediados de la década del setenta el Estado Social empieza a ser mostrado como algo “contraproductivo” por las contribuciones que impone a los empleadores para financiar las cargas sociales y por los límites que plantea a la exigencia de competitividad máxima de las empresas en el mercado internacional. Por consiguiente, el objetivo clave del neoliberalismo será aumentar la rentabilidad del capital haciendo disminuir el peso ejercido por los salarios y por las cargas sociales y reducir el impacto de las reglamentaciones generales garantizadas por la ley sobre la estructuración del trabajo⁽¹⁴⁾, es decir, generar una minoración del trabajo, una reducción del espacio social ocupado por el trabajo y los trabajadores⁽¹⁵⁾.

Esos objetivos fueron perseguidos básicamente por medio de dos instrumentos: (i) la *flexibilización de derecho*, mediante la cual se produjeron reformas legislativas regresivas que rebajaron los niveles de tutela estatal tanto en el ámbito laboral como en el de la seguridad social; (ii) la *flexibilización de hecho*, materializada por políticas económicas deliberadamente dirigidas a favorecer a las grandes empresas y a degradar la situación material de los trabajadores mediante una reformulación de la correlación de fuerzas al interior de las relaciones obrero-patronales (con la consecuente redistribución regresiva de la riqueza) y, paralelamente, a debilitarlos y disciplinarlos socialmente para que aceptaran como una

(14) CASTEL, op. cit., p. 56.

(15) CAPELLA, op. cit., pp. 290/291.

fatalidad inexpugnable el nuevo escenario socioeconómico creado por el neoliberalismo.

Si entre las medidas que caracterizaron a la flexibilización jurídica asumió principal importancia el ataque a las normas que garantizaban la estabilidad en el empleo y la consecuente ampliación del poder de despedir⁽¹⁶⁾, dos de las herramientas centrales para asegurar la flexibilidad de hecho las constituyeron el crecimiento exponencial de la tasa de desempleo⁽¹⁷⁾ y la generalización del trabajo precario, informal o clandestino.

En ese contexto, no fue en absoluto casual el aumento sostenido del desempleo⁽¹⁸⁾ y del trabajo no registrado⁽¹⁹⁾ que produjeron las políticas neoliberales en nuestro país.

(16) Proceso llevado a cabo en Argentina, fundamentalmente a través de las leyes 24.013, de 1991 (que fomentó la contratación temporal descausalizada y reestableció el tope a la indemnización por despido), 25.103, del año 1998 (que redujo las indemnizaciones por despido injustificado) y 25.250, de 2000 (que amplió la duración del período de prueba con despido libre sin indemnización, llevándolo en algunos casos hasta 6 y 12 meses). El camino regresivo trazado por esas normas fue parcialmente desandado por la ley 25.877, de 2004. Esa política de destruir la estabilidad en el empleo está siendo reiterada actualmente por los gobiernos de algunos países europeos (v.g., España, Italia), fundándose en el mito neoliberal de que "despedir barato" permite crear empleo, lo que ha sido categóricamente desmentido por la realidad y las estadísticas: en Argentina el desempleo pasó del 6% en 1991 al 18,3% en 2001.

(17) El modelo neoliberal necesita para ser "exitoso" una tasa de desempleo elevada, es decir un paro estructural permanente, y por ello es que expulsa deliberadamente a un gran cantidad de la población del acceso al empleo y a los bienes y servicios esenciales (Capella, op. cit., p. 292). En la misma línea, el historiador Perry Anderson señala que uno de los caracteres fundamentales del neoliberalismo es que tuvo el "éxito" de crear niveles completamente nuevos de desocupación a los que luego calificó de "naturales" (ANDERSON, PERRY, "¿En qué nos parecemos a la sociedad feudal?", en *Clarín*, Buenos Aires, 2/10/1994, p. 20).

(18) La tasa de desempleo en Argentina ascendió al 3,4% de la p.e.a. en 1974, al 6% en 1982, al 8,1% en 1989, al 12,1% en 1993, al 18,4% en 1995 y al 21,5% en 2002. Si bien la evolución no fue lineal (verificándose disminuciones estacionales en algunos períodos), la tendencia general ascendente del desempleo durante los gobiernos neoliberales es notable. Otro tanto ocurre actualmente en Europa, socialmente estragada por las políticas neoliberales: la tasa de desempleo asciende al 11,1% en la Unión Europea (el índice más alto desde la creación de la moneda común), alcanzando el 24,6% en España y el 21,9% en Grecia (Fuente: Diario Clarín, 3/7/2012). Cualquier coincidencia con las cifras siderales de desempleo que nos legó el neoliberalismo vernáculo (21,5%) no es casualidad.

(19) El trabajo clandestino aumentó del 18% en 1980, al 25% en 1990, al 37% en 2000 y al 49,7% en 2003.

Mediante la generalización del trabajo clandestino se produce una verdadera *huída del Derecho del Trabajo*⁽²⁰⁾, desde que —amparados por políticas estatales que promovieron y alentaron esa situación, demostrativas de una situación de *ilegalidad tolerada*—⁽²¹⁾ los empresarios comenzaron a encubrir o mantener en la clandestinidad las relaciones de trabajo, tanto mediante el incumplimiento liso y llano, cuanto a través de la *deslaboralización*, es decir, el encubrimiento de relaciones de trabajo por medio de distintos mecanismos (en algunos casos vestidos con un *ropaje* legal) de evasión de la normativa laboral imperativa.

Esa combinación explosiva de alto desempleo y elevados niveles de trabajo informal provocó un círculo vicioso⁽²²⁾ que colocó a buena parte de los trabajadores argentinos en la, ciertamente, poco envidiable alternativa de convertirse en desocupados o trabajadores clandestinos, segmentándose definitivamente la homogeneidad virtuosa del mercado de trabajo con pleno empleo que había caracterizado a la etapa dorada del Estado Social.

Con el neoliberalismo aparecen entonces *mercados de trabajo duales*, pues por un lado existe un sector de trabajadores (a los que se denomina-

(20) BAYLOS GRAU, ANTONIO, "La 'huída' del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización", en AA. VV. Manuel Alarcón Caracuel y María Mirón Hernández (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000.

(21) Una prueba de ello lo demuestra el vaciamiento de la inspección del trabajo operada durante la década del noventa, que, según lo ha señalado el actual Ministro de Trabajo "prácticamente había desaparecido" (TOMADA, CARLOS, "Hay que terminar con el trabajo esclavo", en *Página 12*, 24/8/2008). Otra medida funcional al aumento del trabajo clandestino fue la rebaja de contribuciones patronales a favor de los empresarios, realizada declamando otro mito neoliberal ("bajar los costos de las cargas sociales contribuye a crear empleo registrado") que también ha sido completamente desmentido por las estadísticas: entre 1991 y 2001, en un contexto de fuerte reducción de las contribuciones patronales, la tasa de empleo no registrado se incrementó del 34% al 38% (Datos del Ministerio de Trabajo, *Página 12*, 23/10/2007). Como lo señaló el Ministro en la nota referida "No existe evidencia empírica en ningún lugar del mundo que la rebaja de aportes ayude a generar empleo o a crear empleo formal".

(22) En efecto, las estadísticas demuestran que una buena parte de los nuevos desocupados de los años noventa en Argentina provenían de inserciones laborales precarias y clandestinas, y oscilaban entre el desempleo y nuevos empleos informales, al punto que, para 1995, dos de cada cinco desocupados provenían de trabajos no registrados, proporción que se elevaban a tres de cada cinco (62%) en el Gran Buenos Aires. Ver MURMIS, MIGUEL y FELDMAN, SILVIO, "De seguir así", en AA.VV., Luis Beccaria y Néstor López (comps.), Sin trabajo. *Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina*, Buenos Aires, UNICEF/Losada, 2ª ed., 1997, pp. 205/206.

rá con la —paradójica pero gráfica— expresión de *aristocracia obrera*⁽²³⁾ que poseen un empleo registrado y gozan de los derechos laborales y de la seguridad social y, por el otro, el resto de los operarios se ven conminados a oscilar entre el desempleo y el trabajo clandestino, en un marco de inestabilidad y explotación casi absolutas.

Por lo demás, si el gran daño creado por el neoliberalismo en materia socio-laboral es difícil de desandar en general, en lo que respecta específicamente al trabajo clandestino, la realidad argentina demuestra que (en clara contraposición con el índice de desempleo⁽²⁴⁾) el nivel de trabajo registrado ha sido, como se ha admitido oficialmente⁽²⁵⁾, el indicador social que menos y más lentamente ha evolucionado desde 2003 hasta la actualidad⁽²⁶⁾, lo que plantea un desafío complejo de cara al futuro, toda vez que existe un *núcleo duro de trabajo clandestino*⁽²⁷⁾ cercano a un tercio de los trabajadores que no se ha podido perforar.

Como lo ha explicado con notable precisión Robert Castel la situación descripta (reducción sustancial del desempleo sin una baja proporcional del trabajo clandestino) nos puede conducir a la *plena actividad* sin que esto signifique un retorno al *pleno empleo* (si —como corresponde, señala el sociólogo francés— se entiende por empleo un trabajo relativamente seguro en cuanto a su duración, firmemente encuadrado por el Derecho del Trabajo y cubierto por la Seguridad Social). Por lo tanto, de no encontrarle solución a este escenario, podría cristalizarse la tendencia a reabsorber el desempleo reduciéndolo progresivamente a través de la

(23) CAPELLA, op. cit., p. 295.

(24) Del 21,5% en 2002, el desempleo bajó al 14,5% en 2003, al 12,1% en el 2004, al 8,7% en 2006, al 7,3% en 2008 y al 6,7% en 2011, ascendiendo al 7,1% en el primer trimestre de 2012.

(25) El Ministerio de Trabajo de la Nación ha realizado, conjuntamente con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, un estudio que mide el nivel de fragilidad laboral, del cual surge que, de las tres dimensiones básicas (desempleo, precariedad laboral, pobreza) a tener en cuenta para medir la vulnerabilidad del trabajador (concepto elaborado por Robert Castel), el que menos mejoró desde el fin de la convertibilidad ha sido, precisamente, el de la precariedad. Ver PNUD Argentina y Ministerio de Trabajo, "Índice de fragilidad laboral. Un análisis geográfico comparado del empleo y el trabajo a partir de la Encuesta Permanente de Hogares", Buenos Aires, 2005.

(26) El trabajo no registrado descendió del 49,7% de 2003, al 44,3% en 2006, al 39,3% en 2007 y al 36,5% en 2008, ubicándose en el 32,8% en el primer trimestre de 2012.

(27) PREMICI, SEBASTIÁN, "El núcleo duro del trabajo en negro", en *Página 12*, 19/6/2012.

multiplicación de maneras degradadas de trabajar, institucionalizándose la precariedad como régimen “normal” en el mundo del trabajo⁽²⁸⁾, es decir, una *cronificación* del trabajo clandestino y sin derechos.

El desafío pasa entonces por mejorar (sin descuidar su cantidad) la calidad del empleo, para lo que resulta insoslayable combatir enérgicamente el trabajo clandestino, profundizando las políticas estatales (legislativas, administrativas, y judiciales) dirigidas a combatir la clandestinidad.

5 | Los devastadores efectos individuales, colectivos y sociales del trabajo clandestino

El incumplimiento de la obligación patronal de registrar el contrato de trabajo, manteniendo el vínculo laboral en la clandestinidad, es uno de los más graves actos ilícitos en que puede incurrir el empleador, produciendo efectos deletéreos no sólo en perjuicio de los derechos del trabajador (que es el principal afectado por el trabajo clandestino), sino también, en detrimento de los intereses del Estado y la sociedad, de las organizaciones sindicales y hasta de los empresarios que cumplen escrupulosamente con sus deberes legales.

En lo que respecta al trabajador, mientras esa conducta antijurídica y antisocial es eficaz (es decir, cuando el empleador logra que la clandestinidad no sea detectada, permaneciendo impune)⁽²⁹⁾ produce la evasión de todas las normas sociales imperativas y el consiguiente incumplimiento patronal de las obligaciones tanto laborales como de la seguridad social, colocando injustamente al trabajador en una situación de precariedad y marginalidad absolutas.

Durante la ejecución del contrato de trabajo, los derechos laborales del operario no registrado sufren un menoscabo palmario, dado que perci-

(28) CASTEL, ROBERT, “Regreso a la dignidad del trabajo”, en *Clarín*, 2/9/2008.

(29) En ese sentido, huelga señalar que el trabajador no registrado carece de facto de la mayoría de los derechos que le corresponden a los trabajadores con arreglo al ordenamien-

ben (al no respetarse las escalas convencionales y, en no pocos casos, el salario mínimo legal y móvil), no cumpliendo el empleador con los límites a la jornada de trabajo (sin que les abonen a los trabajadores las horas suplementarias que devengan), y debiendo padecer, por regla, condiciones paupérrimas en lo que concierne a la higiene y la seguridad en el trabajo. Pero el calvario del trabajador no registrado no se agota mientras el vínculo se encuentra vigente, sino que, extinguido éste, se ve obligado a afrontar la dura faena de probar su negada condición de trabajador para acceder a la protección legal, debiendo asumir el riesgo de quedarse sin obtener el reconocimiento de los derechos que le corresponden en caso de que, por falta de pruebas, no logre acreditar la existencia de la relación laboral⁽³⁰⁾.

Además de las señaladas, existe una consecuencia quizás aún más grave, y es que, al evadirse, mediante el trabajo clandestino, el pago de los aportes y contribuciones patronales que financian los diversos subsistemas de la Seguridad Social, el trabajador no registrado (y su familia o las personas que de él dependan) ve obstaculizado el acceso a las prestaciones (jubilaciones y pensiones, obra social, asignaciones familiares, subsidio por desempleo, prestaciones a cargo de las A.R.T., etc.) legalmente establecidas para cubrir las contingencias sociales que pueden afectarlos (vejez e invalidez, enfermedades, nacimiento de hijos, desempleo, accidentes de trabajo, etc.), circunstancia que, correlativamente, perjudica de manera directa al Estado, al desfinanciar el sistema de seguridad social y, con él, a todos los habitantes del país, que, en tanto beneficiarios de ese sistema, pueden ver dificultado su propio acceso a las prestaciones sociales por la falta de fondos suficientes en las arcas estatales para atenderlas.

.....
to jurídico, mas no de iure, de modo tal que, una vez que logre demostrar la existencia del vínculo laboral, tendrá derecho a reclamar el cumplimiento de todos ellos.

(30) Precisamente para minimizar ese riesgo, y haciéndose cargo de que la desigualdad del trabajador no cesa al traspasar las puertas de los tribunales de justicia, la Ley de Contrato de Trabajo no sólo establece una regla de facilitación de la carga de la prueba en su favor, a través de la presunción de laboralidad de las prestaciones de servicios (arts. 23 y 50, L.C.T.), sino que también le impone a los jueces que, en caso de duda sobre la valoración de la prueba en los casos concretos, deben resolver esa ausencia de certeza en favor del trabajador (art. 9, L.C.T., texto según ley 26.428, mediante la cual el parlamento de la democracia reestableció en 2009 la redacción original de la ley 20.744, inconstitucionalmente modificada en 1976 por la dictadura cívico-militar mediante la regla estatal mal llamada "ley" 21.297).

Asimismo, más allá de la posible organización colectiva de los trabajadores afectados para enfrentar el trabajo clandestino, y de la indudable legitimación de los sindicatos para denunciar y combatir esta práctica ilegal, lo cierto es que la falta de registración impide la sindicalización “institucional” del trabajador afectado, atento a que el empleador que mantiene el vínculo en la clandestinidad no actúa como agente de retención de la cuota sindical (art. 38, ley 23.551), lo que no sólo dificulta el acceso del trabajador precarizado (precisamente, el que más necesitado está de contar con esa tutela) al amparo colectivo que podrían brindarle sus compañeros nucleados en las asociaciones sindicales, sino que —al igual que lo que ocurre con el sistema de seguridad social— desfinancia a los sindicatos, provocándose así un círculo vicioso que, amén de aumentar aun más la desprotección de los trabajadores clandestinos, vulnera indirectamente las dos dimensiones —individual y colectiva— el derecho fundamental a la libertad sindical.

Por último, no puede soslayarse que la práctica inescrupulosa del trabajo clandestino afecta indirectamente a los empleadores que, respetuosos de la ley, registran sus relaciones laborales y cumplen en tiempo y forma con sus obligaciones laborales y de la seguridad social. Ello así, porque, en tanto la observancia de dichos deberes implica siempre un costo en términos económicos, el empresario cumplidor queda en una situación desfavorable para competir en el mercado respecto de aquél otro que, ofreciendo los mismos bienes o servicios, puede ofrecerlos a un precio inferior por haberlos producido a un costo más bajo como consecuencia de haber “ahorrado” en las obligaciones laborales y fiscales, produciéndose un fenómeno pernicioso de *dumping* económico y social y competencia desleal, que a su vez puede retroalimentarse negativamente, acrecentando la tendencia hacia la clandestinidad⁽³¹⁾.

Todo lo expuesto demuestra que el trabajo clandestino es un acto ilícito, antisocial e inmoral con efectos *erga omnes*, pues afecta, además del

(31) Este argumento fue correctamente utilizado por muchos jueces en numerosas sentencias que —de manera jurídicamente inobjetable— procedieron a condenar solidariamente (con fundamentos en los arts. 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades) a los socios, administradores y directores de sociedades comerciales responsables de que el ente societario empleador mantuviera relaciones laborales en la clandestinidad total o parcial. Para un análisis detallado de esta cuestión, ver ORSINI, JUAN I. “La responsabilidad solidaria de los socios, administradores y directores de las sociedades comerciales por las obligaciones laborales del ente societario”, *Doctrina Laboral y Previsional*, N° 259 (marzo de 2007), pp. 230/258.

trabajador (víctima principal de la clandestinidad), a una serie de damnificados indirectos (Estado, beneficiarios del sistema de seguridad social, sindicatos, empleadores cumplidores), con la única excepción del propio empresario clandestino, que —en cambio, mientras permanece impune— se beneficia mezquinamente, obteniendo una ganancia adicional ilegal a costa de los trabajadores y del resto de la sociedad a través de una práctica que desbarajusta la estructura económica y social del país.

6 | La clandestinidad laboral como acto discriminatorio que niega la condición de sujeto trabajador

Más allá de lo señalado en los apartados anteriores, pareciera que las tremendas consecuencias que provoca el trabajo clandestino que hemos reseñado, no alcanzan todavía para dar cuenta cabalmente de la dimensión del problema en lo que respecta a la incommensurable afectación de los derechos del trabajador.

Consecuentemente, me parece que es necesario darle al tema otra *vuelta de tuerca* que enfoque la cuestión desde un ángulo diferente, de modo tal que, poniendo el foco —como lo exigen tanto el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos a ella incorporados, cuanto la teoría general del Derecho del Trabajo— en los derechos fundamentales de las personas que trabajan, pueda advertirse la grave violación de esos derechos que provoca el flagelo del trabajo clandestino.

Si, como lo mencionamos al inicio, el Estado Social asumió como una de sus principales misiones la de afiliar a los trabajadores a la sociedad a través de esa *doble protección* garantizada por los derechos laborales y de la seguridad social, la generalización de la informalidad laboral pone decididamente en crisis aquel objetivo, toda vez que —por un lado— el trabajo clandestino reduce los derechos laborales prácticamente al único derecho de percibir un salario (generalmente inferior al que corresponde por ley o convenio colectivo) que apenas satisface necesidades materiales de existencia, mientras que —por el otro— impide o dificulta notablemente el acceso al trabajador a esa protección fundamental para auxiliar a las per-

sonas que deben afrontar una contingencia social que son los derechos de la Seguridad Social.

En otras palabras, el trabajo clandestino destruye el paradigma virtuoso del Estado Social del *trabajo con derechos* para mutarlo en un *trabajo sin derechos*, colocando al trabajador en una situación de inseguridad social y precariedad permanentes que, amén de degradar su situación en el plano material, provoca, paralelamente, una *corrosión del carácter*⁽³²⁾ que genera efectos deletéreos en su integridad psíquica.

El trabajo clandestino niega la condición de sujeto trabajador (que es lo que define, precisamente, su modo de participación en la estructura social, al estar imposibilitado de producir para sí mismo), ocultando así su propia identidad al segregarlo al "*inframundo*" laboral de la precariedad.

Así como los sistemas esclavistas negaron la condición de sujeto a los productores directos del trabajo (reificando a los trabajadores, al convertirlos en un medio de producción sujeto al derecho de dominio, privándolos de los derechos que tenían los "hombres libres"), como los nazis pretendieron negar la condición de sujetos a aquellos que consideraban "seres inferiores" (judíos, gitanos, comunistas, etc., en los que no reconocían la condición humana, justificando así su sometimiento a campos de trabajo forzoso y al exterminio, privándolos de los derechos que correspondían a la "raza superior"), el empleador que mantiene clandestino al operario le *niega la condición de sujeto trabajador* y —por ese conducto— lo priva del goce efectivo de buena parte de los derechos reconocidos a los trabajadores registrados, sometiéndolo al trabajo sin derechos, que debe ser aceptado como la única alternativa ante el abismo del desempleo y la completa desafiliación social.

Si los paralelismos efectuados podrían en algún punto parecer exagerados, no lo son si (salvando, por evidentes, las diferencias históricas y la magnitud de los fenómenos) se repara en el hecho de que existe en todos los casos un denominador común inocultable, que es la finalidad económica que justifica instrumentalmente *la negación de la condición de sujeto de derechos del otro*: obtener mayores ganancias económicas

(32) SENNETT, RICHARD, *La corrosión del carácter*, Daniel Majmías (trad.), *Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, 9ª ed., Barcelona, Ed. Anagrama, 2006.

a partir aumentar el nivel de apropiación del trabajo ajeno, sorteando los límites que a esa apropiación impone una sociedad que garantice un piso mínimo de derechos para todos los ciudadanos que haga compatible su existencia con la condición humana. Reforzando esa comparación, no es precisamente casual que el trabajo clandestino suela ser denominado en el lenguaje coloquial como *trabajo en negro*, denominación discriminatoria que proviene, precisamente, del tráfico de personas de raza negra para ser sometidas a la esclavitud⁽³³⁾.

De lo señalado se colige que, en tanto el trabajo con derechos que caracteriza al Estado Social supone el reconocimiento del carácter de sujeto para su exigibilidad, un trabajo no registrado es un trabajador negado en su condición de sujeto de derechos, lo que demuestra que, en rigor, el trabajo clandestino es un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales del trabajador.

En efecto, el trabajo clandestino es discriminatorio, porque coloca al trabajador no registrado en una posición de inferioridad frente al trabajador registrado, de modo tal que aquél queda privado del acceso a los derechos sociales fundamentales por una decisión arbitraria e ilegal del empleador, sin que haya motivo jurídicamente atendible que justifique esa distinción⁽³⁴⁾.

Si ello evidente a la luz de la legislación antidiscriminatoria nacional (ley 23.592) —toda vez que, sin perjuicio de constituir una discriminación por la condición social (causa vedada de distinción incluida en el listado no taxativo del art. 1 de dicho cuerpo legal), el trabajo clandestino afecta el libre ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías constitucionales (derechos laborales y de la seguridad social, arts. 14 bis y 75 inc. 22, C.N.), encuadrando asimismo en la fórmula antidiscriminatoria genérica

(33) Como mencionamos al inicio, cuando las condiciones se lo permiten, algunos empresarios llegan incluso —materializando la variante más grave de la clandestinidad laboral— a someter a trabajo forzoso a los trabajadores, lo que evidencia hasta qué punto la finalidad de aumentar los niveles de ganancia justifica —en esa lógica economicista perversa— la negación de la condición de sujeto trabajador.

(34) La discriminación se torna aún mucho más evidente cuando en el ámbito de un mismo establecimiento coexisten trabajadores registrados y no registrados (v.g., dos trabajadores que trabajan a la par realizando idéntica tarea en la misma empresa, uno registrado y el otro clandestino).

comprendida en dicha normativa, que consagra, acertadamente, un concepto amplio de discriminación—⁽³⁵⁾, cualquier posible duda queda zanjada a poco que se recuerde que —con argumentos contundentes, en una pieza jurídica de antología— la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado categóricamente que el incumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores migrantes clandestinos constituye un acto discriminatorio violatorio de un derecho humano fundamental que integra el *jus cogens*, como lo es el derecho a la igualdad y a la no discriminación⁽³⁶⁾.

7 | La garantía de indemnidad contra represalias. Nulidad del despido en represalia al reclamo de regularización del trabajo clandestino

Ya hemos visto que la clandestinidad laboral coloca al sujeto negado en su condición laboral en un estado de precariedad que acentúa la situación de desigualdad e hiposuficiencia en la que ontológicamente se encuentra el trabajador dependiente en el marco de la relación de trabajo.

Luego, no es difícil advertir que la situación de “inestabilidad relativa” en la que se encuentran incluso los trabajadores registrados en el marco del sistema legal que regula las consecuencias del despido injustificado en el país⁽³⁷⁾, se potencia notablemente en el caso de los trabajadores clan-

(35) En ese sentido, se ha señalado que “El art. 1 de la ley 23.592, ya nos brindaba con antelación a la reforma constitucional de 1994 un significado del término que iba mucho más allá del destrato a las personas por sus solas cualidades personales. Es discriminatoria toda conducta que arbitrariamente impida, obstruya o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías que consagra la constitución. Y ya fuere que el motivo para tal discriminación se encuentre en cualidades personales o inherentes a la persona (como la raza, la religión, la nacionalidad, el sexo, gremial, etc.) o en cualquier otro motivo que desigualitaria y arbitrariamente impida o lastime el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional”, SCBA, “Villalba c/ The Value Brands Company” (sent. del 22/12/2010), Juba, L. 97.804.

(36) CIDH, Opinión Consultiva N° 18/2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, del 17/9/2003.

(37) La ley vigente (art 245, L.C.T.) consagra lo que se ha denominado un sistema de “estabilidad relativa impropia” o “despido libre indemnizado”, que le reconoce eficacia extintiva al

destinos, toda vez que —como lo mencionamos más arriba— hallándose oculta su propia condición de dependientes, están más expuestos a ser despedidos, atento que, para acceder al goce efectivo de los derechos laborales, deberán primero lograr el reconocimiento de su carácter de trabajadores, con todos los riesgos que ello implica, circunstancia que de ordinario no es desconocida por el empleador quien, consciente de esa situación, muchas veces adopta medidas para tornar impune la evasión de la normativa protectoria.

En consecuencia, en tanto en un sistema de “estabilidad impropia” hay altas probabilidades de que quien reclame la registración sea despedido, el contexto pone al trabajador clandestino ante una alternativa perversa, exigiéndole un *comportamiento heroico*: o se mantiene clandestino (es decir, en una condición que lo niega como sujeto trabajador) o, para dejar de ser clandestino (y convertirse en sujeto pleno de derechos laborales), debe arriesgarse a resignar su condición de trabajador.

Esa situación explica que los trabajadores no registrados sean aun más reacios que los registrados para reclamar el efectivo cumplimiento de las normas laborales (y, en especial, solicitar la propia registración del vínculo, canal de acceso al resto de los derechos sociales), en tanto tienen perfectamente internalizado que esa *terrible osadía* puede conducirlos a la pesadilla del desempleo, peldaño social aún inferior al de por si bajo que les toca ocupar. Es que, como es sabido, la amenaza de despido y la consecuente desafiliación social definitiva es el disciplinador social por excelencia, de modo tal que el trabajador suele “optar” por el *mal menor* del trabajo sin derechos para evitar el *mal mayor* del despido que conduce al des-empleo, es decir, al no-trabajo: en condiciones precarias se hace difícil e incluso arriesgado protestar para defender los propios derechos legalmente reconocidos⁽³⁸⁾. En otras palabras: para los trabajadores

.....
despido injusto, no garantizando la readmisión del trabajador que no colocó un motivo para perder el empleo, por lo que no protege adecuadamente contra el despido arbitrario (art 14 bis, CN), ni garantiza eficazmente el derecho al trabajo (art 6, PIDESCO). Para un análisis crítico de este sistema, se puede consultar ORSINI, JUAN I. y QUINTEROS, VERÓNICA, “Los sistemas indemnizatorios de los despidos injustificados y la desnaturalización de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario”, en *Doctrina Laboral*, N° 215 (julio de 2003), pp. 632/645; ORSINI, JUAN I., “La estabilidad en el régimen jurídico vigente”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, n° 263 (julio de 2007), pp. 646/664.

(38) CAPELLA, op. cit., p. 294.

precarios solo queda la inestabilidad forzada y el temor al despido, de modo tal que la reivindicación de la dignidad debe ceder ante el trabajo a toda costa⁽³⁹⁾.

Por lo tanto, si convenimos que el trabajo clandestino es un grave flagelo social que discrimina al trabajador, violando sus derechos fundamentales y afectando a la sociedad en su conjunto (y, por añadidura, acordamos que la regularización de las relaciones laborales es un objetivo socialmente loable y prioritario), es necesario construir jurídicamente alternativas eficaces que impidan que el trabajador clandestino que reclama la registración laboral obtenga como respuesta un despido en represalia al que se le reconozca eficacia extintiva, situación que lo coloca en una situación aun peor que aquella —poco envidiable— de la cual pretendía salir ejerciendo un derecho fundamental, como lo es reclamar el cumplimiento de las normas laborales. Dicho de otro modo: el reclamo de registración del contrato de trabajo mantenido en la informalidad no puede provocar como efecto válido la extinción del vínculo, validando que el despido-represalia convierta al trabajador clandestino en trabajador desocupado.

En rigor, el despido por reclamar la registración del contrato de trabajo ya está regulado en el derecho positivo argentino como un *despido injustificado agravado*, es decir un despido *doblemente ilícito* que, por afectar múltiples derechos del trabajador, no puede ser convalidado a cambio de la tarifa prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ello así, con arreglo a lo que prescribe el art. 15 de la ley 24.013, en cuanto dispone que, si es despedido sin causa justificada dentro de los dos años desde que le hubiere cursado al empleador de modo justificado la intimación para que registre el contrato prevista en el art. 11 del mismo cuerpo legal, el trabajador tiene derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido.

De ello se colige que la norma recepta claramente un supuesto de *despido-represalia*⁽⁴⁰⁾, presumiendo legalmente *iuris et de iure* (es decir, sin

(39) BOURDIEU, PIERRE, en Ariel Dillon (trad.), *Argelia 60. Estructuras económicas y estructuras temporales* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006, p. 80.

(40) MACHADO JOSÉ D., y OJEDA, RAÚL H., en Ackerman, Mario (dir.) y Tosca, Diego (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, T° IV, p. 362.

admitir prueba en contrario)⁽⁴¹⁾ que el despido directo injustificado dispuesto por el empresario dentro del lapso temporal indicado, obedeció a la intimación cursada por el trabajador para que lo registrara. Circunstancia que —por lo demás, y a contrario de lo que suele creerse— diferencia radicalmente a la indemnización del art. 15 de la ley 24.013 de la prevista en el art. 1 de la ley 25.323⁽⁴²⁾.

Sin embargo, si es indudablemente valioso que el derecho positivo recepte el despido-represalia por reclamar la registración del contrato como un *despido injustificado agravado*, no lo es tanto que —siguiendo la desprotectoria lógica establecida en la legislación laboral nacional para casi todos los restantes supuestos de despidos agravados que contempla⁽⁴³⁾— disponga como única sanción el agravamiento de la indemniza-

(41) Ello surge indiscutible no sólo de la redacción del primer párrafo del art. 15 de la ley 24.013 (en cuanto establece que “si el empleador despidiere sin justa causa” el trabajador que pidió la registración “tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones”), sino también, al reparar en que el segundo párrafo de la norma expresa que la duplicación de las indemnizaciones también tiene lugar cuando el trabajador haga denuncia fundada del contrato dentro del plazo bienal indicado, salvo que la causa invocada por el trabajador no tuviera vinculación con la registración del vínculo y el empleador acreditare de modo fehaciente que su conducta no tuvo por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido. Ergo -atento la expresa posibilidad asignada al empleador para poder probar en contra que, presente en el segundo párrafo, está ausente del primero- en el caso del despido indirecto (justificado) ocurrido dentro de dos años de cursada la intimación a registrar, la ley presume iuris tantum que el distracto estuvo motivado en la solicitud de registración (recayendo sobre el empleador la carga de demostrar que respondió a un motivo ajeno a dicha circunstancia), mientras que -por el contrario- en el caso del despido directo (injustificado), la presunción no admite prueba en contrario: verificado que la intimación fue justificada (porque el trabajador no estaba registrado o lo estaba de manera deficiente) y el despido, ocurrido dentro de los dos años de cursada aquella, fue injustificado, debe necesariamente considerarse que obedeció a una represalia, resultando procedente la sanción agravada allí prevista.

(42) En efecto, a diferencia del art. 15 de la ley 24.013 (que pretende sancionar y disuadir al despido-represalia por reclamar la registración, y no el trabajo clandestino en sí mismo, de lo que se ocupan los arts. 8, 9 y 10 de esa ley), el art. 1 de la ley 25.323 (en cuanto dispone que la indemnización debe ser incrementada al doble cuando, al momento del despido, la relación laboral no estaba registrada o lo estaba de modo deficiente) intenta reprimir exclusivamente el trabajo clandestino (y no un despido agravado), de modo tal que la sanción allí contemplada es una indemnización (tarifada) por los daños derivados del trabajo no registrado que se torna exigible con el despido pero en modo alguno se dirige a castigarlo más enérgicamente. Esta última circunstancia demuestra que es cuestionable que la indemnización del art. 1 de la ley 25.323 no resulte procedente cuando se produce la extinción del contrato por otras causales diferentes del despido, como correctamente se establece en el proyecto de reforma que obtuvo media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación en 2010.

(43) En los despidos agravados por causa de enfermedad (art. 213, LCT), o por causa de embarazo o matrimonio (arts. 178/182, LCT), la ley mantiene la eficacia extintiva del distracto,

ción, omitiendo garantizar a texto expreso la alternativa para el trabajador de solicitar la nulidad e ineficacia extintiva del despido y la consecuente readmisión en el puesto de trabajo del que fue privado en violación a sus derechos fundamentales.

Ello así, porque esa *monetización* del despido-represalia implica, en definitiva, convalidar el obrar autoritario y *doblemente discriminatorio* del empleador que (habiendo mantenido en la clandestinidad al trabajador durante la ejecución del vínculo, burlando todos sus derechos sociales), vuelve a discriminarlo al momento de su extinción (al despedirlo como represalia ante el ejercicio del legítimo e irrenunciable derecho a reclamar la registración del contrato).

Luego, en tanto el agravamiento indemnizatorio puede hipotéticamente disuadir en algún caso el despido-represalia por reclamar la inscripción⁽⁴⁴⁾, mas no impide que el empleador alcance su objetivo antidemocrático de *liberarse* del trabajador que la reclamó (frustrando su afiliación efectiva a la sociedad a través del trabajo con derechos), es indudable que la solución legal se queda a mitad de camino. Es que, si el verdadero objetivo de esta parcela de la ley 24.013 es lograr la debida registración de las relaciones laborales y atacar el flagelo del trabajo informal, no puede admitirse que el trabajador que —en ejercicio de una práctica casi heroica— denuncia la clandestinidad de la que es víctima, obtenga como resultado perder su propia condición de trabajador, mutando —con la anuencia tácita del Estado— de trabajador precario a no-trabajador.

De allí que nos parece indudable que el trabajador que es despedido en represalia por haber solicitado la registración tiene derecho a optar entre

.....
aumentando la cuantía de la tarifa. En los despidos agravados por ruptura ante-tempus del contrato sin relación de trabajo (art. 24, LCT) y del contrato de trabajo a plazo fijo (art. 95, LCT) tampoco se priva de eficacia al despido, aunque se admite la reparación integral de daños con piso tarifado garantizado. Por el contrario, en el caso del despido de los delegados y representantes sindicales, la legislación prevé expresamente la alternativa de la nulidad del despido (arts 48/52, ley 23.551). Sobre esta diversidad de tratamiento jurídico de los despidos injustificados agravados, ver ORSINI, JUAN I., "Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales", en AA.VV., Juan J. Formaro, (dir.), *Jurisprudencia Laboral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, Tº II, pp. 217/271.

(44) Poder disuasivo cuya eficacia es más que dudosa, a juzgar por la innumerable cantidad de casos de trabajadores clandestinos que reclaman judicialmente, con éxito, la indemnización del art. 15 de la ley 24.013.

solicitar la nulidad del despido y la reincorporación en el empleo, o ser indemnizado de manera agravada.

Múltiples fundamentos avalan, en nuestro criterio, esa solución.

En primer lugar, resultando que el despido-represalia es un despido discriminatorio⁽⁴⁵⁾ tanto en sentido estricto (en tanto coloca al trabajador que reclama en peor situación que aquél que no lo hace), cuanto en sentido amplio (desde que afecta el libre ejercicio sobre bases igualitarias de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es decir es un *despido violatorio de derechos fundamentales*)⁽⁴⁶⁾, se impone su nulidad (cuando el trabajador así lo solicita) a tenor de la consolidada e incuestionable tendencia doctrinaria y jurisprudencial que —constituyendo un *nuevo paradigma* en materia de tutela de la estabilidad en el empleo y los derechos humanos laborales— admite la ineficacia extintiva de este tipo de despidos injustificados agravados por aplicación de la normativa anti-discriminatoria tanto nacional (art. 1, ley 25.392) cuanto internacional (art. 75 inc. 22, C.N.) vigente en el país⁽⁴⁷⁾. Doctrina que ha sido reiteradamente convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁴⁸⁾.

En ese sentido, hemos adelantado nuestra opinión relativa a que corresponde privar de eficacia extintiva a los despidos que responden a represalia-

(45) Calificando al despido represalia como despido discriminatorio: CNAT, Sala IV, "Lescano c/ Ingeplam S.A." (sent. del 31/8/2009); Meik, Moisés, "Despido discriminatorio y derecho a la estabilidad. Avances jurisprudenciales como motor de un debate necesario", en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, N°1 (2006), pp. 139/151; ZAS, OSCAR, "El despido represalia del testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador", *La Ley*, T° 2010-A, pp. 810/825.

(46) PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 1992, p. 143 y ss.; ORSINI, JUAN I., "Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 38 (2008), pp. 580/596.

(47) Para un análisis de esta cuestión, incluyendo una reseña detallada de las posturas judiciales y doctrinarias, me remito a: ORSINI, JUAN I., "Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales", en AA.VV, Luis E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Buenos Aires; B de F, 2008, pp. 113/154.

(48) C.S.J.N., "Álvarez c/ Cencosud S.A." (sent. del 7/12/2010), *La Ley*, 2011-A, p. 177; CSJN, "Arecco c/ Praxair Argentina S.A." (sent. del 23/6/2011); CSJN, "Parra Vera c/ San Timoteo S.A." (sent. del 23/8/2011).

lias por el hecho de reclamar el cumplimiento de los derechos legalmente reconocidos, como son los despidos motivados por un reclamo informal, administrativo o judicial deducidos contra el empleador⁽⁴⁹⁾.

Cabe destacar —despejando posibles objeciones que podrían eventualmente plantearse a la solución que proponemos— que en modo alguno obsta a la posibilidad de declarar la nulidad del despido-represalia frente al reclamo de registración, la circunstancia de que ya exista una norma específica laboral que regule la situación, imponiendo como sanción ante el despido injustificado agravado el aumento de la tarifa indemnizatoria (art 15, ley 24.013).

Ello así, no sólo por aplicación de los principios protectorio y de progresividad y de la regla de la norma más favorable al trabajador que de ellos se deriva, sino también, porque sostener que —por la mera circunstancia de que exista una norma específica laboral que agrava la indemnización— se torna inaplicable al trabajador clandestino la solución más enérgica que contemplan las normas de tutela antidiscriminatoria, implicaría (volver a) discriminarlo por su condición de tal, lo que no puede ser admitido en el marco de un Estado Social de Derecho.

En consecuencia considero que —como lo he sostenido anteriormente⁽⁵⁰⁾— las normas que aumentan las indemnizaciones en los casos de despidos agravados reglados por la legislación laboral (v.g. arts. 178, 182 y 213, L.C.T., art. 15, ley 24.013) deben jugar como un piso mínimo de orden público laboral que no impiden al trabajador la posibilidad de reclamar la nulidad del despido y/o la reparación integral de daños. Así lo ha convalidado recientemente calificada doctrina y jurisprudencia⁽⁵¹⁾.

(49) ORSINI JUAN, *op. cit.*

(50) ORSINI, JUAN "Nulidad e ineficacia extintiva...", *op. cit.*, pp. 246/247.

(51) CNAT, Sala VII, "Lugones c/ Qualytel de Latinoamérica" (sent. del 5/8/2011) en el que se declaró la nulidad del despido de una mujer embarazada, solución que ha sido elogiada por prestigiosos laboristas (ver RECALDE, HÉCTOR P. "Saludable igualdad ante la ley", en Página 12, 25/8/2011). Asimismo, respaldando la posibilidad de que la mujer embarazada reclame la nulidad del despido y la reincorporación, sin que obste a ello la existencia de una indemnización agravada, ver FERREIRÓS, ESTELA M., Daño provocado por el despido y su reparación, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 138/140.

En segundo término, la postura que sustentamos —nulidad del despido en represalia por reclamar al empleador el cumplimiento de un derecho— tiene un respaldo igualmente contundente en el ámbito del derecho comparado, en el que hace tiempo no se discute que, en su condición de *ciudadano en la empresa*, el trabajador debe estar amparado por una *garantía de indemnidad contra represalias*, de modo tal que cualquier conducta patronal que constituya una sanción por haber ejercido el trabajador el derecho a reclamarle al empleador (judicial o extrajudicialmente) el cumplimiento de sus obligaciones, puede ser privada de eficacia extintiva, desactivando la represalia y volviendo la situación al estado anterior a su comisión.

En ese sentido, resulta ilustrativo para reforzar la conclusión que anticipada traer a colación la jurisprudencia que, en situaciones como la mencionada, ha establecido el Tribunal Constitucional de España.

En efecto, el citado Tribunal ha resuelto, en numerosas oportunidades, que deben declararse nulos los despidos que se originan en una reacción empresarial frente al ejercicio de una acción judicial —o alguna medida preparatoria de ésta— por parte del trabajador, toda vez que constituyen actos de discriminación que vulneran la denominada garantía de indemnidad contra represalias que —según lo ha ido delineando ese Tribunal desde la sentencia STC N° 14/93 (sent. del 18/1/1993)— impide al empleador adoptar represalias derivadas del ejercicio de sus derechos por parte del trabajador⁽⁵²⁾.

Si bien el derecho fundamental que principalmente considera afectado el Tribunal Constitucional por los despidos-represalia, es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la C.E.)⁽⁵³⁾, el prestigioso órgano en cuestión ha precisado que la vulneración de ese derecho no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso, sino que también pue-

(52) Entre otras: Tribunal Constitucional de España, STC N° 140/1999 (sent. del 22/7/1999); STC N° 168/1999 (sent. del 27/9/1999); STC N° 191/1999 (sent. del 25/10/1999); STC N° 101/2000 (sent. del 10/4/2000); STC N° 38/2005 (sent. del 28/2/2005); STC N° 144/2005 (sent. del 6/4/2005).

(53) Por aplicación de este criterio, sería incuestionablemente nulo en nuestro derecho un despido motivado por la interposición de una acción judicial contra el empleador, a tenor del rango fundamental que tienen las garantías judiciales en nuestro ordenamiento (arts 18, C.N., y 8, C.A.D.H.).

de verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. En ese contexto —ha dicho el Tribunal— “la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendiente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental”⁽⁵⁴⁾.

Con arreglo a ese avanzado criterio jurisprudencial, cuyos alcances han sido precisados por la doctrina científica⁽⁵⁵⁾, claramente podría decretarse la nulidad del despido del trabajador que reclama —mediante una intimación extrajudicial— el reconocimiento y registración de la relación laboral clandestina. Tanto es ello así que el Tribunal Constitucional ha declarado la nulidad de despidos que constituyeron represalias por haber entablado una reclamación administrativa previa⁽⁵⁶⁾, por reclamar el carácter laboral de la relación⁽⁵⁷⁾ e, incluso, ha ampliado la extensión de la garantía de indemnidad a las *reclamaciones extrajudiciales formuladas directamente ante la empresa*⁽⁵⁸⁾, supuestos asimilables a la hipótesis que venimos planteando.

(54) TCE, STC N° 144/2005 (publicada en el B.O.E. del 8/7/2005), fundamento jurídico 3°, párrafos 1° y 2°. La referencia al ejercicio de derechos a los que el trabajador “se creía asistido” demuestra, por lo demás, que ni siquiera es imprescindible para decretar la nulidad del despido que el reclamo laboral que motivó el despido-represalia fuera fundado, pues lo que se sanciona es el acto autoritario de romper el contrato en represalia a la petición.

(55) MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “Despido en represalia por haber ejercitado el trabajador el derecho a la tutela judicial efectiva (Comentario a la STC 101/2000, de 10 de abril)”, en Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (dir.) *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T° XVIII, Madrid, 2000; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, MIGUEL, “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales”, Efrén Borrajo Dacruz, Juan M. Ramírez Martínez, y Tomás Sala Franco (coords.). *Derecho vivo del Trabajo y Constitución, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, La Ley, 2003, pp. 635/662; SOUTO PRIETO, JESÚS, “Los despidos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, n° 5, Madrid, 2003, pp. 13/42; ALVAREZ ALONSO, DIEGO, La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales, Albacete, Ed. Bomarzo, 2005.

(56) TCE, STC N° 14/93 (sent. del 18/1/1993).

(57) TCE, STC N° 191/99 (sent. del 25/10/1999) y STC N° 101/2000 (sent. del 10/4/2000).

(58) TCE, STC N° 55/2004 (sent. del 19/4/2004); Álvarez Alonso, op. cit., p. 83.

A lo señalado cabe añadir que en el ámbito del derecho antidiscriminatorio comunitario europeo también se ha consagrado enfáticamente la garantía de indemnidad contra represalias.

En efecto, el art 9 de la Directiva 2000/43 del Consejo Europeo, relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (29/6/2000), obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a garantizar las medidas para evitar cualquier tipo de represalias contra las personas que hubieren presentado una reclamación o iniciado un procedimiento denunciando trato discriminatorio.

Esa garantía de indemnidad genérica (aplicable a las cuestiones laborales), se transforma directamente en una garantía específica de indemnidad contra el despido represalia en la posterior Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y el Consejo (del 23/9/2002), que modificó *la Directiva 76/207/CEE del Consejo* relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

En ese sentido, el art. 1.6. de la Directiva 2002/73 incorpora al art. 7 de la Directiva 76/207 *la garantía de indemnidad del trabajador víctima de trato discriminatorio contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial promovida para hacer efectivo el principio de igualdad de trato*⁽⁵⁹⁾.

Ninguna duda puede haber que el despido del trabajador ante el reclamo de registración de la relación laboral, constituye una reclamación efectuada en la empresa, por lo que encuadraría dentro de esa normativa.

Finalmente, la garantía de indemnidad contra represalias por reclamos es nuevamente introducida por el derecho comunitario en el art. 24 de

(59) "Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.". Sobre esta cuestión, se puede consultar ORSINI, JUAN I., "El acoso moral en el trabajo y su regulación jurídica en el derecho español y comunitario europeo", *Doctrina Laboral y Previsional*, N° 294 (febrero de 2010), pp. 153/179.

la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), dictada por el Consejo y el Parlamento Europeo el 5/7/2006.

Para concluir, resta aún puntualizar que el Derecho Internacional del Trabajo también invalida los despidos que constituyen una represalia contra reclamos del trabajador.

En efecto, el art 5 ap. c) del Convenio N° 158 de la O.I.T., Sobre la terminación de la relación de trabajo incluye "entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo", el siguiente: "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".

Luego, presentar una queja al empleador reclamando la registración de la relación de trabajo no puede constituir en ningún caso una justa causa de extinción, lo que puede justificar la nulidad del despido-represalia, máxime cuando la reinstalación del trabajador mal despedido es la *solución prioritaria* contenida en el citado Convenio, cuyo art. 10° habilita a anular el despido y a ordenar o proponer la readmisión del trabajador. Pautas que, por representar la *conciencia jurídica universal* sobre como debe regularse esta cuestión, pueden ser aplicadas en el país aunque todavía no se haya ratificado el convenio citado⁽⁶⁰⁾.

En definitiva, tanto por aplicación de la consolidada corriente doctrinaria y judicial nacional que admite la ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios, cuanto por el respaldo que brinda calificada normativa y jurisprudencia constitucional en el ámbito del derecho comparado e internacional, consideramos que es perfectamente posible decretar la nulidad del despido que sobreviene como represalia frente a la actitud del trabajador de reclamar la registración del contrato de trabajo, toda vez que constituye una decisión empresarial discriminatoria dirigida a sancionar el ejercicio por el trabajador de un derecho fundamental.

(60) CNAT, Sala V, "Cassi c/ Policlínica Privada de Cirugía y Medicina S.A." (sent. del 10/3/1999), en Derecho del Trabajo T°1999-B, p. 2271.

Parece evidente que esa solución constituye una de las tantas medidas necesarias para contribuir a combatir el trabajo clandestino, flagelo que sigue manteniendo a un tercio de los trabajadores argentinos en el límite de la desafiliación social.

Bibliografía

ACKERMAN, MARIO (dir.) y TOSCA, DIEGO, (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2005.

ANDERSON, PERRY, “¿En qué nos parecemos a la sociedad feudal?”, en *Clarín*, Bs. As., 2/10/1994.

ARIAS GIBERT, ENRIQUE., *El negocio jurídico laboral*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007.

BAYLOS GRAU, ANTONIO, “La ‘huida’ del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en AA. VV. Manuel Alarcón Caracul y María Mirón Hernández (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000.

BOURDIEU, PIERRE, *Argelia 60. Estructuras económicas y estructuras temporales*, Ariel Dillon (trad.), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006.

CAPELLA, JUAN R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórica-teórica al estudio del derecho y del estado*, 5ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2008.

CASTEL, ROBERT, *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?*, Viviana Ackerman(trad.), Buenos Aires, Ed. Manantial, 2004.

CASTEL, ROBERT, “Regreso a la dignidad del trabajo”, en *Clarín*, 2/9/2008.

CORNAGLIA, RICARDO J., *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.

FERREIRÓS, ESTELA M., *Daño provocado por el despido y su reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

LÓPEZ, JUSTO, CENTENO, NORBERTO y FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, Ed. Contabilidad Moderna, 1978.

MEIK, MOISÉS, “Despido discriminatorio y derecho a la estabilidad. Avances jurisprudenciales como motor de un debate necesario”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, N°1 (2006), pp. 139/151.

MONTOTOY MELGAR, ALFREDO; “Despido en represalia por haber ejercitado el trabajador el derecho a la tutela judicial efectiva (Comentario a la STC 101/2000, de 10 de abril)”, en Manuel Alonso Olea y Alfredo Montotoy Melgar (dir.) *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T° XVIII, Madrid, 2000.

MURMIS, MIGUEL y FELDMAN, SILVIO, “De seguir así”, en AA. VV., Luis Beccaria y Néstor López (comps.), *Sin trabajo. Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina*, Bs. As., UNICEF/Losada, 2ª ed., 1997.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Boletín ILO on line n° 22/05, del 11/5/2005

ORSINI, JUAN I. Y QUINTEROS, VERÓNICA, “Los sistemas indemnizatorios de los despidos injustificados y la desnaturalización de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario”, en *Doctrina Laboral*, N° 215 (julio de 2003), pp. 632/645.

ORSINI, JUAN I. “La responsabilidad solidaria de los socios, administradores y directores de las sociedades comerciales por las obligaciones laborales del ente societario”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, N° 259 (marzo de 2007), pp. 230/258.

ORSINI, JUAN I. “La estabilidad en el régimen jurídico vigente”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, n° 263 (julio de 2007), pp. 646/664.

ORSINI, JUAN I., “Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 38 (2008), pp. 580/596.

ORSINI, JUAN I., “Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, en AA.VV, Luis E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Bs. As.; B de F, 2008, pp. 113/154.

ORSINI, JUAN I., “El acoso moral en el trabajo y su regulación jurídica en el derecho español y comunitario europeo”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, N° 294 (febrero de 2010), pp. 153/179.

ORSINI, JUAN I., “Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales”, en AA.VV., Juan J. Formaro, (dir.), *Jurisprudencia Laboral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, T° II, pp. 217/271.

PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 1992,

PÉREZ REY, JOAQUÍN, *Estabilidad en el empleo*, Madrid. Ed. Trotta, 2004.

PNUD ARGENTINA y MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN, “*Índice de fragilidad laboral. Un análisis geográfico comparado del empleo y el trabajo a partir de la Encuesta Permanente de Hogares*”, Buenos Aires, 2005.

PREMICI, SEBASTIÁN; “El núcleo duro del trabajo en negro”, en *Página 12*, 19/6/2012.

RECALDE, HÉCTOR P. “Saludable igualdad ante la ley”, en *Página 12*, 25/8/2011.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, MIGUEL, “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales”, en Efrén Borrajo Dacruz, Juan M. Ramírez Martínez, y Tomás Sala Franco (coords.). *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, La Ley, 2003, pp. 635/662.

SENNETT, RICHARD, “La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo”, Daniel Majmías (trad.) 9ª ed., Barcelona, Ed. Anagrama, 2006.

SOUTO PRIETO, JESÚS, “Los despidos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, n° 5, Madrid, 2003, p. 13/42;

SUPIOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, José Luis Gil y Gil (trad.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

ZAS, OSCAR, “El despido represalia del testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador”, en *La Ley*, T° 2010-A, pp. 810/825.

El seguro de desempleo

por **JAVIER B. PICONE**⁽¹⁾

I | Introducción y evolución del seguro de desempleo en Argentina

Uno de los objetivos principales de la Ley Nacional de Empleo fue el de organizar un sistema eficaz de protección a los trabajadores desempleados. El mismo se instrumentó mediante la creación del Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo. En el presente trabajo, nos proponemos fundamentalmente realizar un breve análisis, partiendo de la evolución y alcance de la cobertura sin dejar de hacer mención a los distintos programas de protección al desempleo previstos.

La cobertura a la contingencia social de desempleo aparece en nuestro país con la sanción del decreto 1502/81, prevista, en aquella oportunidad, para el trabajador despedido por causas de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo entre el 1 de mayo de 1981 y la fecha del decreto —30 de setiembre de 1981—, que al momento del cese, se hallare comprendido en el régimen de la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio o para el Personal de la Industria y que a la fecha del

.....

(1) JAVIER B. PICONE, Profesor adjunto de la materia "Derecho de la Seguridad Social", en la UCES y Ayudante de primera – Ad Honorem en "Derecho de la Seguridad Social" y colaborador en las materias: "Derecho de la Seguridad Social" y "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", en la UBA. Prosecretario de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social desde 2008.

distracto tuviere hijo a cargo en las condiciones previstas por el art. 8 de la ley 18.017, con las excepciones indicadas en la norma.

Este beneficio se aplicó en forma temporaria y su pago estaba a cargo de las obras sociales en las cuales se hallare inscripto el trabajador.

En el año 1983 se sancionó la ley 22.752, reglamentada por el decreto 553 del mismo año, donde se estableció un triple beneficio, la percepción de una prestación en dinero, las prestaciones médico-asistenciales de que gozaba en actividad y el reconocimiento de la antigüedad —por el lapso de percepción del beneficio— a los fines jubilatorios.

Como requisito de acceso, se estableció que los trabajadores en relación de dependencia debían acreditar el cese de la relación en el lapso comprendido entre el 1 de enero de 1982 y el 31 de diciembre del mismo año. El distracto debía ser involuntario y los beneficios se percibían por todo el tiempo que el trabajador se hallare desocupado hasta un máximo de 6 meses.

Si bien en principio el desocupado era aquel que se desempeñaba en relación de dependencia, también se reconocía el beneficio al trabajador autónomo cuyo ingreso se situara por debajo del promedio equivalente a un salario mínimo vital.

Las prestaciones se financiaban mediante un impuesto del 2% sobre intereses y aportes correspondientes a los depósitos a plazo fijo, en moneda nacional o extranjera, efectuado en instituciones sujetas al régimen legal de entidades financieras. Y un impuesto del 2% que se aplicará sobre el monto sujeto a impuestos del gravamen de emergencia en los premios de determinados juegos de sorteos y concursos deportivos.

Al año siguiente, se dictó el decreto 3984/84 que asignó el beneficio para los desempleados que no tuvieran derecho a percibir asignaciones familiares conforme al régimen de la ley 18.017, vigente en aquel tiempo. Se excluyeron de su goce a los trabajadores que hubiesen renunciado a su empleo voluntariamente por cualquier causa; no se hubiere desempeñado en forma continua durante un lapso no inferior a un año en su último empleo; hubieran iniciado o mantuvieran otra relación de dependencia; y por último, a quienes hubiesen cesado por fallecimiento o por encontrar-

se en condiciones de obtener el porcentaje máximo del haber jubilatorio ordinario (la exclusión por fallecimiento se refería a los causahabientes, los que se hallaban facultados por el art. 13 del decreto a percibir los beneficios conforme al art. 18 de la ley 18.037).

La prestación consistía en el goce de las asignaciones determinadas más un suplemento cuyo monto era equivalente al 70% del salario mínimo vital vigente al momento del efectivo pago, valor que se mantenía durante los primeros tres. A partir del cuarto mes, se percibirá el 90% de dicho importe, el quinto mes el 80%, el sexto el 70%.

Asimismo se establecía para el trabajador y su grupo familiar primario, el derecho a las prestaciones médico-asistenciales, otorgadas por la obra social a que perteneciera el trabajador al momento del distracto y por el período de duración de los beneficios previstos en la norma.

Se estableció que las prestaciones que surgen del decreto 3984/84 son independientes de las indemnizaciones que por cualquier otro régimen pudieran corresponder al trabajador despedido. Asimismo, la norma agrega: “en caso de que el trabajador fuese acreedor a otros beneficios análogos en virtud de otros regímenes que resultasen más favorables, será comprendido dentro de estos últimos con exclusión de los establecidos en el presente decreto”.

El decreto 2485/85, básicamente mantuvo el tratamiento del Seguro de Desempleo, como un suplemento de las asignaciones familiares aunque incorporó como beneficiarios, a los trabajadores sin cargas de familia. Por ello, se dictó en base a la facultad conferida al Poder Ejecutivo para establecer y modificar los requerimientos atinentes al régimen de asignaciones familiares. La “nueva” asignación por desempleo comprendió a “todo trabajador en relación de dependencia” del ámbito privado. Excluyendo a los trabajadores estatales.

El pago de los beneficios previstos por las normas enunciadas —asignaciones familiares y el subsidio especial por desempleo— estaban a cargo de la Caja de Subsidios Familiares en la que el empleador se encontraba o debiera encontrarse inscripto a la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

Como se observó, estas medidas fueron de carácter transitorio respondiendo a la realidad de la seguridad social de aquel entonces, pero significaron un gran avance en la materia y fueron construyendo las bases para la institucionalización del desempleo.

A fines del año 1991, entró en vigencia la ley 24.013 que en Título IV denominado “De la protección de los trabajadores desempleados”, aborda la temática en comentario.

El sistema, aplicable en el ámbito nacional, alcanza a todos los trabajadores cuyo contrato de trabajo se rija por la Ley de Contrato de Trabajo. Excluyendo, expresamente, a los trabajadores comprendidos en el Régimen Nacional de Trabajo Agrario⁽²⁾, a los trabajadores del servicio doméstico y a quienes hayan dejado de prestar servicios en la Administración Pública Nacional, provincial o municipal afectados por medidas de racionalización administrativa. También, vale agregar, se encuentran exceptuados de su ámbito de aplicación, los trabajadores de la industria y construcción, que gozan de una cobertura específica⁽³⁾.

Para tener derecho a las prestaciones por desempleo, los trabajadores deben acreditar encontrarse en situación legal de desempleo y disponible para ocupar un puesto de trabajo adecuado (situación que se configura de conformidad a lo que establece la propia ley en su articulado); estar inscriptos en el Sistema Unico de Registro Laboral o en el Instituto Nacional de Previsión Social hasta tanto aquél comience a funcionar; haber cotizado al Fondo Nacional del Empleo durante un período mínimo de 6 meses durante los 3 años anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo; y no percibir beneficios previsionales, o prestaciones no contributivas.

(2) Vale poner de resalto que por ley 25.191 y más recientemente por ley 26.727 que instruye el nuevo régimen de trabajo agrario, se erigió un Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo específico, estableciendo la prestación económica por desempleo; prestaciones médico-asistenciales de acuerdo a lo dispuesto por las leyes 23.660 y sus modificatorias y 23.661; pago de las asignaciones familiares que correspondieren a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES); y el cómputo del período de las prestaciones a los efectos previsionales, con los alcances de los incisos a) y b) del artículo 12 de la ley 24.013.

(3) Mediante la ley 25.371 se creó un sistema de prestaciones por desempleo, con caracteres propios, para los trabajadores comprendidos en el Régimen Nacional de la Industria de la Construcción.

En cuanto a las prestaciones, el sistema prevé dos tipos: una principal pecuniaria y las prestaciones complementarias indicadas en el artículo 119, a saber: prestaciones médico-asistenciales de acuerdo a lo dispuesto por las leyes 23.660 y 23.661; pago de las asignaciones familiares que correspondieren a cargo de las cajas de asignaciones y subsidios familiares; y cómputo del período de las prestaciones a los efectos previsionales, con los alcances de los inc. a) y b) del art.12 de esta ley.

El goce de ambas va a estar supeditado al período de cotización previa y su cobro se extenderá desde los dos meses para una cotización de seis a once meses, a los doce meses para aquellos que hubieren contribuido por treinta y seis o más meses. Por decreto 267/06 se estableció para trabajadores de cuarenta y cinco o más años de edad, la posibilidad de gozar del seguro por desempleo por seis meses adicionales, por un valor equivalente al 70% de la prestación original. Asimismo se estableció, como condición de acceso a la prórroga, la obligación de participar en los programas destinados al fomento del empleo y la capacitación que le proponga el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Para establecer el monto de la prestación en dinero, el art. 118 acordó como mecanismo de cálculo un porcentaje del importe neto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador en los seis meses anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación de desempleo. El porcentaje aplicable durante los primeros cuatro meses de la prestación sería fijado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil.

Asimismo, del quinto al octavo mes la prestación será equivalente al 85% de la de los primeros cuatro meses; del noveno al duodécimo mes la prestación será equivalente al 70% de la de los primeros cuatro meses. En ningún caso la prestación mensual podrá ser inferior al mínimo ni superior al máximo que a ese fin determine el mismo Consejo.

Sin perjuicio de la fórmula dispuesta para la determinación de la prestación, su valor fue estimado entre los \$150 a \$300 de conformidad a lo establecido por Resolución N° 2/94 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil y se mantuvieron fijos hasta el año 2006, momento en que por imperio del decreto 267/06, se incrementaron los montos mínimo y máximo de la prestación mensual por

desempleo a las sumas de \$ 250 a \$ 400 respectivamente, valías que se mantienen en la actualidad.

1.1 | Programas de protección al desempleo

Tal como lo señalan Fabio M. Bertranou y Jorge A. Paz⁽⁴⁾, desde la sanción de la ley nacional de empleo, se han implementado diversos programas de protección al desempleo en la Argentina, con diversos éxitos en función de los objetivos que se plantearon. Entre los más destacados, podemos citar el Programa Intensivo de Trabajo de 1993; el Programa de Asistencia Solidaria y Pronapas, de 1994; el Programa de Entrenamiento Ocupacional, Programa Asistir y Capacitación Ocupacional, todos de 1995; el Programa Acciones de Empleo, Servicios Comunitarios, Capacitación para el Empleo, Trabajar I, todos de 1996; Trabajar II, Proyectos Especiales de Capacitación, Programas Especiales de Empleo y Proyecto Joven de 1997; Programas de Servicios Comunitarios, Trabajar III de 1998; Programa de Emergencia Laboral, Programa de Formación Técnica y Profesional de Mujeres de Bajos Ingresos (Formujer) de 2000; Programa Jefes de Hogar de 2002; Programa de Empleo Comunitario de 2003; Programa de Inserción Laboral de 2006; Seguro de Capacitación y Empleo y Prestaciones Anticipadas por Desempleo, previstas en el año 2005; Programa Jóvenes con más y Mejor Trabajo, año 2008.

Una de las principales diferencias entre el Seguro de Desempleo, instaurado por la ley de empleo, respecto de los programas enunciados en el parágrafo anterior, radica en el hecho de que su alcance se extiende exclusivamente a los trabajadores desempleados del sector registrado, siendo que quienes se desempeñan en el sector no registrado son quienes se encuentran más afectados por el desempleo.

En ese contexto, no ha de obviarse que en el año 2002 por ley 25.561, se declaró la Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, lo que importó la emergencia en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria de acuerdo con lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional.

(4) BERTRANOU, FABIO M. y PAZ, JORGE A., "Políticas y Programas de Protección al Desempleo en Argentina", 1ra. ed., Buenos Aires, Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

Como paliativo y con el fin principal de propender a la protección integral de la familia y asegurar la concurrencia escolar de los hijos, y propiciar la incorporación de los jefes o jefas de hogar desocupados a la educación formal o su participación en cursos de capacitación que coadyuven a su futura reinserción laboral; por un lado, se declaró la Emergencia Ocupacional Nacional⁽⁵⁾ y se creó el recordado Programa Jefes y Jefas de Hogar.

Básicamente el plan daba cobertura a jefes o jefas de hogar, con hijos de hasta 18 años de edad o discapacitados de cualquier edad, o a hogares donde la jefa de hogar o la cónyuge, concubina o cohabitante del jefe de hogar, se hallare en estado de gravidez, todos ellos desocupados y que residan en forma permanente en el país. El beneficio, consistente en una suma de dinero durante el plazo de 3 meses, según las distintas realidades jurisdiccionales, la población afectada por el fenómeno de la pobreza y los costos diferenciados, podía oscilar entre los \$100 y los \$ 200 mensuales.

Asimismo, estaba prevista la renovación del beneficio, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso para su cobro, con excepción de aquellos beneficiarios con hijos discapacitados, situación en la que bastaba con la entrega de un certificado de supervivencia de la persona discapacitada.

No podemos dejar de formular algunas precisiones en torno a los beneficios creados por la ley 25.994. Mediante esta norma, se creó la prestación de Jubilación Anticipada, conforme expresamente lo prescribe el art. 1.

Conviene aclarar que son dos las variables consignadas por la norma con caracteres y objetivos fácilmente diferenciables, la primera, reglada por los arts. 1 a 5 claramente se inscribe dentro de la órbita de los beneficios por desempleo que analizamos, utilizando al sistema previsional para definir requisitos y haberes. El objetivo principal de esta prestación se circunscribe al compromiso de mitigar la situación de desempleo de aquellos trabajadores que por su edad se encuentran comprometidos para reinsertarse en el mercado laboral. Quienes cumplan los requisitos se verán favorecidos con el 50% del valor que corresponda al beneficio de jubilación que tengan derecho al cumplir la edad requerida de acuerdo a la ley 24.241. Es por ello que se exige acreditar la situación de desempleo al 30 del mes de noviembre de 2004 y el beneficio es incompatible con la realización de actividades

(5) Prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2013 por ley 26.729.

en relación de dependencia o por cuenta propia, y con la percepción de cualquier tipo de planes sociales, pensiones graciables o no contributivas, jubilación, pensión o retiro civil o militar, ya sean nacionales, provinciales o municipales, sin perjuicio del derecho a opción del beneficiario por el que resulte más favorable. En tanto la prestación establecida a partir del art. 6 (mal llamada "jubilación para amas de casa"), se ajusta a los beneficios que otorga la ley 24.241, ya que se adelanta el goce de las prestaciones de la ley a quienes cuentan con la edad jubilatoria pero no alcanza los servicios mínimos, facilitando el acceso a los deudores del sistema mediante un plan de pago que podían debitar directamente de la jubilación que acuerde.

1.2 | Beneficios del Seguro de Desempleo

Una de las principales ventajas de la percepción del seguro, se encuentra en la posibilidad de que los trabajadores, durante su goce, busquen empleo sin la urgencia que implica el no disponer de otra fuente adicional de ingresos. De esta manera, se mejoran los enlaces entre la oferta y la demanda de trabajo y se permite a los trabajadores aceptar el empleo que más se aproxime a sus necesidades (puede suponerse con mejores remuneraciones).

En nuestro sistema, la prestación inicialmente establecida por la Resolución n° 2/94 *ut supra* referida, tuvo un valor que oscilaba entre los \$150 y \$300, monto adecuado, si se tiene en miras la finalidad indicada, pues en aquel momento, el salario mínimo se situaba en los \$200. Si bien este valor se mantuvo incólume hasta el mes de julio de 2003, lentamente se fue ajustando hasta alcanzar el valor actual. Por su parte, los montos mínimo y máximo del seguro fueron ajustados en el año 2006, para adecuarlos a la situación socioeconómica, permitiendo que la prestación mensual de desempleo pueda en la práctica cumplir con la finalidad para la cual fue creada (ver considerandos del decreto 267/2006). Así las cosas, el incremento del salario con posterioridad a esa fecha, nuevamente plantea la necesidad de un acomodamiento del *quantum* de la prestación.

A fin de ilustrar la situación descrita en el párrafo anterior, en el cuadro se muestra la evolución del Salario Mínimo Vital y Móvil tomando los meses en los que registró incrementos y se lo compara con el Seguro de desempleo. En la columna final se muestra el porcentaje del SMVM que representa la prestación mínima y máxima.

TABLA

2003				
Mes	SMVM	SD mínimo	SD máximo	Porcentaje
Enero	200,00	150,00	300,00	75 a 150
Julio	250,00	150,00	300,00	60 a 120
Agosto	260,00	150,00	300,00	57 a 115
Setiembre	270,00	150,00	300,00	55 a 111
Octubre	280,00	150,00	300,00	53 a 107
Noviembre	290,00	150,00	300,00	51 a 103
Diciembre	300,00	150,00	300,00	50 a 100
2004				
Enero	350,00	150,00	300,00	42 a 85
Setiembre	450,00	150,00	300,00	33 a 66
2005				
Enero	450,00	150,00	300,00	33 a 66
Mayo	510,00	150,00	300,00	29 a 58
Junio	570,00	150,00	300,00	26 a 52
Julio	630,00	150,00	300,00	23 a 47
2006				
Enero	630,00	150,00	300,00	23 a 47
Marzo	630,00	250,00	400,00	39 a 63
Agosto	760,00	250,00	400,00	33 a 52
Setiembre	780,00	250,00	400,00	32 a 51
Noviembre	800,00	250,00	400,00	31 a 50
2007				
Enero	800,00	250,00	400,00	31 a 50
Agosto	900,00	250,00	400,00	27 a 44
Octubre	960,00	250,00	400,00	26 a 41
Diciembre	980,00	250,00	400,00	25 a 40
2008				
Enero	980,00	250,00	400,00	25 a 40
Agosto	1200,00	250,00	400,00	21 a 33
2009				
Enero	1240,00	250,00	400,00	20 a 32
Agosto	1400,00	250,00	400,00	18 a 28
2010				
Enero	1500,00	250,00	400,00	16 a 26
Agosto	1740,00	250,00	400,00	14 a 22
2011				
Enero	1840,00	250,00	400,00	13 a 21
Agosto	2300	250,00	400,00	11 a 17

Fuente: Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social y elaboración propia.

El salario mínimo mantuvo el valor indicado hasta el mes de julio de 2003, momento a partir del cual comenzó a registrar incrementos hasta llegar a los \$ 2300 actuales; en tanto el Seguro de Desempleo sólo modificó su valor en el año 2006. Es más que elocuente la brecha que se produce entre ambos pues quien percibiera el Seguro durante el 2003 tenía un 75% como mínimo del SMVM hasta un 150% de este. Mientras que en la actualidad, cumpliendo con los recaudos el trabajador desempleado sólo alcanza a percibir un 11% del Salario mínimo y como máximo un 17% de este. Claro está que además corresponden las restantes prestaciones en especie, pero en modo alguno parece suficiente a los fines de obtener tranquilidad hasta obtener un nuevo empleo.

En este orden de ideas, también es dable pensar que en mercados laborales con fuerte asimetría de información, el haber sido beneficiario de este programa puede ser utilizado por los empleadores como una señal de baja productividad (o de menor habilidad para procurarse medios de subsistencia) y, por lo tanto, puede que esto termine reflejándose en remuneraciones más bajas para los que pasaron por el seguro⁽⁶⁾.

2 | Conclusiones

La estructura que analizamos, en lo que a la protección contra el desempleo cabe, se manifiesta cuando este ya se ha producido. Y se enmarca en las instituciones que incluyen seguros de desempleo, compensaciones de bienestar y sistema de reentrenamientos y capacitación. Su objeto es amortiguar el impacto del desempleo producido sobre la persona y la familia; y lo más importante, permitir su reinserción laboral mediante la capacitación para las nuevas exigencias de la tecnología. Las formas típicas de esas políticas consisten en un subsidio de ingresos a los desempleados y la instrumentación de servicios de empleo, esto es, tratar de conectar y combinar la demanda de trabajadores con la oferta de ellos.

A esto hay que agregar la cantidad de planes de protección al desempleo que se enunciaron, cuyos beneficios no dependen de la extinción de la relación laboral, sino simplemente de acreditar la situación de desempleo y/o precariedad.

(6) Para más datos ver BERTRANOU, FABIO M. y PAZ JORGE A., ob. cit.

El rol de Estado en este tipo de estructuras, señala Robert Castel, debería activar las aptitudes del propio individuo para hacerlo capaz de enfrentar los avatares de la existencia social. Lo que se cuestiona es la distribución automática de prestaciones que se consumen en forma pasiva como si se tratara de derechos incondicionales. Por el contrario, toda prestación propuesta y todo servicio ofrecido deberían dar lugar a una contraprestación por parte de los beneficiarios. Estos deberían ser activamente parte interesada en los servicios que se les ofrece y sujetos a condiciones.

En este contexto, planes tales como el Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo, donde se brinda una preparación a los futuros trabajadores que cuentan con una asistencia permanente para la elaboración de estrategias adecuadas para la búsqueda de empleo, siendo citados para su asesoramiento, orientación y evaluación. Y como contraprestación perciben una ayuda económica de \$ 150 por mes por un plazo máximo de hasta 4 meses; o bien el apoyo a la inserción que prevé una ayuda económica mensual de \$ 400 (debiendo el empleador abonar la diferencia para alcanzar el salario del puesto a ocupar establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a la actividad o sector) aparecen como los modelos que más se ajustan a la tendencia indicada en el párrafo precedente.

Finalmente, un punto que no puede dejar de enunciarse, tal como destaca el Dr. Rodríguez Mancini⁽⁷⁾, es el relativo al desempleo en el sector de trabajadores autónomos. Porque si bien escapa a la temática propia de quien se preocupa por la ocupación del sector más numeroso de la población económicamente activa, como es el de los trabajadores subordinados, no parece que pueda ignorarse que son varias las conexiones entre el campo de la oferta de trabajo para uno y otro sector. Y por otra parte, la existencia de desocupados entre aquellos que han encarado su disposición laboral dentro del marco del desempeño independiente, implica una presión obvia sobre la demanda de trabajo dependiente y también recíprocamente. Por eso, resulta ineludible considerar aquel sector como integrante del problema del desempleo, intentando soluciones que trasciendan los aspectos formales del encuadramiento de la relación laboral que se pretende mantener, pensando más bien que se trata de un fenómeno global que afecta, en definitiva, a toda la población económicamente activa.

(7) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Derecho del empleo", *La Ley*, 07/05/2012, 1.

Bibliografía

BERTRANOU, FABIO M. y PAZ, JORGE A., “Políticas y Programas de Protección al Desempleo en Argentina”, 1ra. ed., Buenos Aires, Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

CIPOLLETTA, GRACIELA E. y MAFFEI, MARIO R., “Acerca de las prestaciones por desempleo en nuestro país”; DT 1986-A, pp. 789.

ROBERT, CASTEL, *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, trad. de Victor Goldstein, Fondo de Cultura Económica, 2010.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “Derecho del empleo”, La Ley, 07/05/2012, 1.

La inspección laboral en el ámbito rural

Los nuevos paradigmas legales exigen nuevas estrategias fiscalizadoras

por **ÁLVARO D. RUIZ⁽¹⁾** y **ALEJANDRO SENYK⁽²⁾**

I | Caracterización del trabajo rural y de su regulación normativa

El trabajador del campo ha estado sometido históricamente, no sólo en la Argentina sino en el contexto latinoamericano, a condiciones de labor por demás abusivas y claramente postergado socialmente, negándosele el goce de derechos humanos fundamentales.

De allí la infravalorización del trabajo rural que, sin temor a exagerar, fue concebido como un bien menos tutelable u objeto de preocupación que otros que confluían en la producción rural (la tierra, los animales y los instrumentos o maquinarias de labranza). Por lo cual, no puede sorprender la ausencia de normativa legal reguladora de las relaciones de empleo agrario hasta mediados del siglo XX, en comparación con la registrada

.....

(1) Es Subsecretario de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y Presidente de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario.

(2) Es Presidente Alternativo y Coordinador de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario.

para el empleo industrial, comercial y de servicios en el resto de la economía.

La sanción del Estatuto del Peón Rural (1944) y la Ley de Cosecheros 13.020 (1947) para trabajadores temporarios, constituyó la primera regulación sistemática de las relaciones laborales de los trabajadores ligados a las explotaciones tradicionales del sector; pues hasta entonces el trabajo agrario se regulaba por normativa —notoriamente escasa e insuficiente— emanada del Código Civil y reglamentos de estancia *a posteriori* devenidos en Códigos Rurales provinciales.

La sanción de la ley 20.744 (LCT) en el año 1974, cuya redacción originaria preveía su aplicación a los trabajadores agrarios sin derogar la normativa específica vigente —Estatuto del Peón y Ley 13.020— llevó a uno de los puntos más elevados en cuanto a la consagración de los derechos laborales para el sector rural.

La interrupción del orden constitucional operado en el año 1976 y la consiguiente política neoliberal implementada, tuvo un fuerte correlato en la regulación de los derechos laborales. Específicamente en lo referido a los trabajadores agrarios, cabe consignar la sanción de la ley *de facto* 22.248 (Régimen Nacional de Trabajo Agrario), que con claro sentido regresivo derogó la normativa específica vigente hasta entonces, así como excluyó la aplicación de la LCT, unificando en un mismo texto normativo las disposiciones aplicables a la totalidad de los trabajadores agrarios con independencia de la modalidad contractual que reconocieran (permanentes y no permanentes).

Esa normativa significó un notorio retroceso para los trabajadores agrarios, ya que no sólo derogó la normativa de índole legal sino también otras numerosas disposiciones que, a través del tripartismo que implicaba la Comisión Nacional de Trabajo Rural (ley 13.020), se había ido elaborando a través del tiempo.

Por ello es que la sanción del Nuevo Régimen de Trabajo Agrario, instituido por la ley 26.727 en el mes de diciembre de 2011, constituye un hito de importancia trascendental para los trabajadores agrarios, al consagrar un nuevo Régimen Estatutario que, en todo cuanto regula, supera los están-

dares de la LCT; normativa ésta que además resulta de aplicación supletoria eliminando así la exclusión dispuesta por la ley *de facto* 22.248.

2 | Organismos concernidos en la fiscalización

Muchos son los organismos de distintas jurisdicciones y niveles políticos-administrativos vinculados a la inspección y la fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral del sector agrario. Ello conlleva la implementación de múltiples esquemas y acciones que, por lo general, tienen un nulo o escaso nivel de articulación; razón por la cual no podemos hablar de la existencia de un real sistema coordinado y coherente para la materia. A ello, debemos sumar también la intervención de distintos actores sociales vinculados a la actividad que van desde carteras y organismos de Estado con diversas competencias y objetivos relacionados con diferentes aristas del sector, hasta organizaciones empresarias y sindicales, así como otras asociaciones civiles que con variados grados de incidencia pugnan por ser tomadas en cuenta.

Directamente relacionadas con la faz inspectiva encontramos, en primer término, a las autoridades laborales provinciales, quienes amén de conservar las facultades no delegadas en el Gobierno Nacional, tienen en virtud de lo dispuesto por la ley 25.212 (2000) —Pacto Federal del Trabajo—, el deber irrenunciable de controlar las acciones u omisiones violatorias de las leyes y reglamentos de trabajo, salud, higiene y seguridad en el trabajo que tengan lugar en sus respectivas jurisdicciones.

Es dable poner de resalto la sanción de la ley 25.877 (2004) —Sistema Integral de Protección del Trabajo y de la Seguridad Social—, que con el objetivo de tornar más eficiente el control y la fiscalización del cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social en todo el territorio nacional, avanza en el sentido de asignar mayores facultades al Ministerio de Trabajo de la Nación, quien a partir de entonces y sin perjuicio de las atribuciones de las carteras provinciales, tiene la facultad de realizar en todo el territorio nacional acciones coordinadas con las respectivas jurisdicciones tendientes a erradicar el trabajo infantil. La norma asimismo

establece que el Ministerio de Trabajo de la Nación debe proceder, sin perjuicio de las facultades concurrentes con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a verificar y fiscalizar en todo el territorio nacional el cumplimiento por parte de los empleadores de la obligación de declarar e ingresar los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial, que integran el Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS), a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y para los supuestos de que verifiquen infracciones de este tipo, establece que deberá aplicar las penalidades correspondientes, utilizando la tipificación, procedimiento y régimen sancionatorio que, a tal efecto, aplica la AFIP.

En consecuencia, se establece un mecanismo mediante el cual se conjugan competencias y acciones con el organismo recaudador; constituyendo un paso importante a efectos de comenzar a revertir el andamiaje normativo flexibilizador heredado de la década del '90.

Corresponde referir también a la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, creada por la ley 24.557 (1995). Constituye ésta también una norma de evidente cariz neoliberal, al menguar las atribuciones del Ministerio de Trabajo de la Nación a través de la descentralización de sus funciones. La SRT absorbió las funciones y atribuciones que hasta ese momento desempeñaba la Dirección Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo, dependiente de la cartera laboral, y tiene entre sus principales competencias, controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, pudiendo dictar las disposiciones complementarias que resulten de delegaciones de la ley 24.557, supervisar y fiscalizar el funcionamiento de las ART, e imponer las sanciones previstas en la normativa. Tal como se señaló, se trata de un organismo surgido al influjo de las políticas llevadas a cabo en la década del '90 en el marco de un proceso de desregulación y descentralización de competencias, antes concentradas en el ámbito de la cartera laboral; razón por lo cual, éstas se circunscriben sólo a los ámbitos en los cuales el Estado Nacional puede actuar conforme las facultades que ostenta (Transporte de Carga, Pasajeros, Marítimo, Fluvial, Aeropuertos). Para realizar acciones en jurisdicción provincial, debe celebrar convenios con cada una de las mismas.

Otras carteras de Estado se encuentran concernidas de alguna manera en los procesos inspectivos del sector. Entre ellos, el Ministerio de Agri-

cultura, Ganadería y Pesca tiene un rol de importancia como organismo técnico directamente vinculado a las problemáticas productivas del sector. El mismo tiene en su acervo información sistemática sobre las distintas actividades productivas regionales que componen el mapa productivo del sector, las que constituyen un insumo inestimable para la implementación de acciones en materia inspectiva. En otro orden de cosas, hallamos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien tiene a su cargo acciones y programas, algunos de ellos coordinados con la cartera laboral, tendientes a atender problemas de trata y reducción a la servidumbre, lamentablemente relacionados con la realidad laboral de la actividad.

Adentrándonos ahora de lleno en una de las más importantes previsiones del Nuevo Estatuto del Peón, en una materia que como la contratación y la intermediación laboral es fuente de graves abusos e infracciones, resulta necesario destacar la creación del Servicio Público de Empleo para trabajadores temporarios de la actividad agraria, el que comprende a todos los trabajadores que, bajo esa modalidad contractual, desarrollen tareas de carácter cíclico o estacional o que, por procesos temporales propios demanden la utilización de la misma. Es de uso obligatorio para los empleadores y se fija su funcionamiento en las Gerencias de Empleo y Capacitación Laboral de la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo de la Nación. A través de este importante mecanismo, el Estado Nacional suma una importante herramienta en materia de control de la normativa laboral, al garantizarse un rol protagónico en los casos de intermediación en las contrataciones de los trabajadores temporarios, modalidad contractual que concentra las mayores situaciones de irregularidad laboral del sector.

La ley 26.727, además de instituir el Nuevo Régimen de Trabajo Agrario, en reemplazo del Régimen Estatutario *de facto* instaurado por la ley 22.248, modifica la ley 25.191 en tanto que disuelve el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), organismo de derecho público no estatal que estaba dirigido por las entidades patronales de la mesa de enlace y la entidad sindical UATRE, y crea el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA), con carácter de entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que absorbe las funciones y atribuciones que desempeñaba el RENATRE, a partir de la vigencia de la ley que aprueba el Régimen de Trabajo Agrario (ley 26.727). Esta medida, constituye una acción íntimamente vinculada al

Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios y a las demás regulaciones destinadas a proteger y jerarquizar a los trabajadores temporarios.

En el mismo, deben inscribirse obligatoriamente los empleadores y trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación del nuevo Régimen de Trabajo Agrario y su gobierno y la administración están a cargo de un director general y de un subdirector general; ambos designados por el Poder Ejecutivo Nacional, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Sus principales funciones son registrar a los trabajadores a través de la Libreta de Trabajo Agrario que a tal efecto debe expedir; brindar la prestación por desempleo en su carácter de subsistema de la seguridad social y controlar y fiscalizar el cumplimiento por parte de los empleadores de las obligaciones emanadas de la ley 25.191. En razón de las atribuciones que ostenta en materia de registro y fiscalización, su determinación como organismo dependiente de la cartera laboral suma nuevas herramientas en el combate contra el trabajo no registrado y/o desarrollado en condiciones precarias.

Finalmente, corresponde aludir a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), organismo normativo tripartito propio del trabajo agrario, ratificado por la ley 26.727 en virtud de haber sido creado por la ley *de facto* 22.248 en el año 1980 y reconocer un funcionamiento efectivo e ininterrumpido desde el año 1988 a la fecha.

Constituye la fuente normativa de carácter colectivo por excelencia del trabajo agrario, habiendo cumplido un importante papel a efectos de suplir las omisiones y discriminaciones que el Régimen Estatutario anterior establecía para este colectivo laboral. Cuestiones que a esta altura de la evolución del derecho laboral resultan de orden público, como la jornada de trabajo limitada y condiciones mínimas de vida, alojamiento y labor, por citar algunas a modo de ejemplo, no se encontraban contenidas por la ley *de facto* 22.248 y fueron fijadas por la CNTA con carácter previo a su consagración por la ley 26.727, muchas de ellas con la oposición plenaria del sector empresario.

Dado su carácter tripartito —por el Estado Nacional participan los Ministerios de Trabajo, Economía y Agricultura, por el sector empresario las entida-

des empresarias CRA, SRA, FAA, CONINAGRO, CAME y FONAF (éstas dos últimas de reciente incorporación, dando por finalizada la representación hegemónica que investían las entidades de la Mesa de Enlace) y por el sector trabajador, la entidad sindical con personería gremial UATRE— se trata de un ámbito propicio para la expresión de los distintos intereses que operan sobre el sector, los que encuentran un direccionamiento específico en función a las particularidades y a la heterogénea complejidad del mismo.

En razón de ser un organismo de carácter netamente normativo, y de resultar sus regulaciones obligatorias para todos los trabajadores y empleadores comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen Estatutario instituido por la ley 26.727, éstas cobran especial relevancia pues constituyen los mínimos indisponibles que las relaciones laborales tienen que observar y los organismos concernidos en la inspección deben tener en consideración para el cumplimiento de sus funciones.

3 | El nuevo estatuto del peón rural y los cambios de paradigmas

Vale la pena detenernos y realizar algunas consideraciones sobre el estado del trabajo agrario al momento de la sanción de la ley 26.727; así como hacer una serie de consideraciones acerca de sus principales aspectos y características distintivas respecto de aquellas que tienen lugar en las distintas actividades del sector privado que se desarrollan en las áreas urbanas.

La informalidad se presentaba como la regla y la actuación de diferentes agentes de intermediación en la contratación o colocación de trabajadores, junto a las frecuentes migraciones laborales tanto internas como desde los países vecinos, unido a la existencia de dispositivos débiles en materia de responsabilidades laborales, favorecían el fraude y el mantenimiento de la situación descripta. En ese sentido, la ley 26.727 importa un sustancial cambio de paradigma, tanto al propender a una mayor estabilidad y consecuente mejor calidad del empleo rural, al elevar los niveles de protección de los trabajadores creando nuevas o fortaleciendo antiguas obligaciones patronales, como al ampliar los márgenes de responsabilidad directa e indirecta de todos los que se benefician de las prestaciones de los obreros rurales.

En virtud de las altas tasas de empleo no registrado en el sector agrario, que, a su vez, se incrementan notoriamente en muchas producciones regionales llegando incluso a duplicar, y hasta triplicar, las que se observan en otras actividades con menor importancia económica y posicionamiento productivo; la recuperación y potenciación de facultades inspectivas por parte del Ministerio de Trabajo de la Nación con la creación del RENATEA, plantea un desafío trascendente para la superación de la situación aquí descrita.

El organismo disuelto —el RENATRE— no logró, en una década de existencia, que los guarismos de registración y de superación del estado de precariedad laboral acompañasen la evolución positiva que evidenciaron la mayoría de las actividades productivas —no rurales— del sector privado de la Economía.

Evidente, entonces, resulta el fracaso de la gestión de ese organismo cuyos principales cometidos —ahora en cabeza del RENATEA— eran la registración, la fiscalización y el otorgamiento del seguro por desempleo a los trabajadores agrarios.

Pero también resulta necesario poner de resalto, la necesidad de revisar las acciones y los procedimientos que para el sector había llevado adelante el RENATRE, en el marco de los Programas de Fiscalización impulsados por el Ministerio de Trabajo de la Nación que denotaban una ausencia absoluta de coordinación e información entre ambos.

Parece evidente que la utilización separada o inarticulada de estos instrumentos no basta, si queremos lograr resultados concretos en actividades con tasas de empleo informal del orden del 80%. Es imprescindible, en consecuencia, hacer foco en el combate de los núcleos duros o nodos de la precariedad laboral y el trabajo no registrado en el ámbito agrario.

Si bien entre los trabajadores permanentes se observan tasas de empleo no registrado similares a las verificadas en el ámbito urbano, y su abordaje inspectivo podría aceptar esquemas tradicionales propios del mismo, es inaceptable su persistencia en razón de las altísimas rentas de la mayoría de los cultivos y actividades que comprende (actividades agrícolas ganaderas extensivas clásicas).

Asimismo, el trabajo temporario se desarrolla en producciones que van desde la alta tecnificación a las prácticas atávicas y la agricultura de subsis-

tencia y familiar, donde se alterna el autoempleo con lapsos en los cuales las mismas personas ocupan roles de empleadores y de trabajadores.

De tal manera, el RENATEA debe integrarse al sistema inspectivo del trabajo agrario del que participan las autoridades provinciales de conformidad con la ley 25.212, en cuanto a las acciones u omisiones violatorias de las leyes y reglamentos de trabajo, salud, higiene y seguridad laborales. Esa integración y articulación debe procurar también el objetivo de homogeneizar las regulaciones normativas locales en esta materia y unificar el régimen general de sanciones por infracciones laborales, sin perjuicio de las respectivas competencias provinciales en cuanto a fiscalización y policía del trabajo.

4 | Un cambio necesario en las estrategias fiscalizadoras

Como señalábamos precedentemente, la recuperación del RENATEA fue un tema relevante considerado por el Poder Ejecutivo Nacional al impulsar el Nuevo Estatuto del Peón Rural. Es por ello que urge activar el diseño y la implementación concreta de medidas que, con sustento en la nueva normativa, permitan hacer realidad los objetivos planteados y mejorar, a su vez, el desempeño y rendimiento de los Programas de Fiscalización propios de la cartera laboral mediante su coordinación con las acciones del Registro.

El abordaje de una política integral para el combate contra el trabajo no registrado, precario e infantil en el ámbito rural requiere de la determinación previa tanto de sus diferencias, como de las particularidades que le son propias. Primero, con relación al trabajo que se desarrolla en ámbitos urbanos, sea este industrial o de servicios; y en segundo término, pero no por ello de menor importancia, respecto de la determinación y necesaria objetivación de las profundas diferencias estructurales, que se observan en los diversos tipos de producciones y realidades regionales que conforman el sector agrario.

Es evidente el agotamiento de los medios tradicionales de fiscalización para el trabajo rural, estructurados de manera territorial a través de un

mecanismo de inspecciones originalmente pensadas para el ámbito urbano, pero que en el caso del trabajo agrario deben realizarse en vastas extensiones territoriales, en lugares de difícil acceso y expuestos a peligros específicos, que denotan en la práctica un escaso impacto para atacar el problema de fondo.

Todo ello, puesto aun más de manifiesto a poco que advirtamos que la disminución del trabajo no registrado operada en la última década nos presenta un nuevo desafío, activar con eficacia sobre el *núcleo duro del trabajo informal e ilegal*. Fenómeno de clara expresión laboral, pero cuya raíz está fuertemente ligada a la estructura económica de cada sector, a las diversas producciones regionales y a la economía nacional en general. Que, obviamente, se potencia en el sector agrario.

Es por todo ello que consideramos que, en primer término, correspondería definir y analizar las estructuras productivas de los cultivos arquetípicos de las distintas regiones y, en segundo lugar, estudiar la distribución de la renta a su interior.

Hecho esto, veremos, seguramente con más facilidad y rapidez, ciertos patrones comunes que van desde la connivencia de operadores estatales hasta la ausencia de acciones eficaces en el ámbito local y la insuficiencia en la asignación de recursos y diagramación de políticas nacionales. Situación que evidencia falta de información cruzada, dobles o triples subsidios, estímulos costosos y con pobres resultados, asistencia estatal a actividades rentables, falta de planificación o sostenimiento de producciones inviables, entre otras cuestiones que exigen revisión porque conspiran contra una eficiente acción inspectiva.

La inarticulada adopción de nuevas políticas de estímulo, sin un diagnóstico previo y sin intervenir en la estructura económica y de poder que existe tras cada actividad regional, seguramente no logrará resultados significativos, porque los estímulos sólo provocarán un incremento en la rentabilidad de los sectores que vienen acumulando ganancia en detrimento de los trabajadores.

Por consiguiente, es preciso direccionar los estímulos a quienes verdaderamente lo necesiten y estén en condiciones de producir, retirar subsidios

a quienes ocupan trabajadores no registrados; acompañado de una reconversión productiva, la promoción del asociativismo con control estatal especialmente para aquellas producciones regionales basadas en unidades de pequeña escala y el rediseño de las inspecciones, entre otras cosas. Todo lo que constituye medidas ineludibles para no colisionar con los límites que parece imponer la estructura económico-política del núcleo duro del empleo no registrado.

Primero, a través del establecimiento de un Plan Maestro para el RENATEA, que contemple una política integral para el sector, que pueda sostenerse en el tiempo y que se complemente con la determinación de un área específica de inspección agraria a nivel nacional dependiente de la cartera laboral con la función de coordinar y articular las facultades del Ministerio de Trabajo de la Nación con las del RENATEA, a efectos de no duplicar competencias y mejorar la eficacia inspectiva.

Segundo, implementar un sistema ágil y compartido para evitar el otorgamiento de subsidios múltiples o asignados por distintos organismos de Gobierno con fines similares; establecer un severo régimen sancionatorio para las faltas graves, como son los casos de trabajo infantil, la trata y tráfico de personas o su reducción a servidumbre, que junto con las medidas precitadas constituyen elementos imprescindibles para lograr los objetivos planteados.

Una medida complementaria sería la creación de un "Registro de Incumplidores Laborales" y la necesidad de una certificación extendida por ese organismo para poder acceder a subsidios estatales (tanto en el orden nacional, provincial o municipal) y para calificar para el otorgamiento de créditos bancarios con fines ligados a la actividad agraria.

A su vez, promover la convocatoria a los empresarios y a las organizaciones patronales que nucleen a productores rurales a que asuman compromisos concretos en el impulso del trabajo digno en toda la cadena de contratación agraria. Medidas de este tipo ya han mostrado resultados promisorios, como ha sido el caso de la aplicación de la Resolución CNTA N° 11/11 (de Condiciones Laborales para Trabajadores Temporarios) y la posterior adecuación a sectores específicos con participación activa de las Cámaras empresarias respectivas (vgr.: Resoluciones CNTA N° 46/11 para Semilleros y Cereales y Oleaginosas y N° 76/11 para Arándanos).

5 | Un nuevo escenario y una nueva cultura en el campo

A esta altura constituye un lugar común señalar que el trabajo agrario estuvo históricamente a la saga del desarrollado en ámbitos urbanos, haya sido éste de índole comercial o industrial. Sin embargo, aún es pertinente seguir remarcándolo, ya que la economía de nuestro país reconoce una fuerte vinculación con esa clase de labores.

En igual sentido, es preciso advertir la singularidad del trabajo rural, que justifica una regulación legal específica y la consagración de un régimen estatutario que, sin pretender abstraerse de instituciones básicas y comunes a todo el Derecho del Trabajo (de allí la aplicabilidad supletoria de la Ley de Contrato de Trabajo), refleje las peculiaridades del sector y de las relaciones laborales que se desenvuelven en el medio rural.

Sin embargo, tal reconocimiento para nada implica aceptar el aislamiento normativo que pretendió la dictadura cívico-militar instaurada en 1976 con la sanción de la ley *de facto* 22.248; mucho menos, sostener la visión idílica propuesta por las corporaciones patronales acerca de las relaciones de empleo en el campo, como si se tratara de vínculos cuasi familiares entre obreros y patrones sustentados en intereses compartidos.

No sólo que el trabajo rural participa de las características comunes de la estructura de producción capitalista, en donde subyacen conflictos emergentes de las contradicciones propias de los intereses diversos de los representantes del capital y del trabajo; sino que coexiste con vestigios de antiguas formas de organización de las labores y arcaicos sistemas de relaciones sociales e interpersonales con un alto grado de sometimiento a los propietarios de la tierra.

En ese contexto, mal puede pensarse que prime el espíritu de colaboración obrero-patronal y el sentido comunitario en la empresa rural, con prescindencia de los intereses divergentes de los actores de la producción agraria. En tal caso, una razonable convergencia de intereses sólo puede plantearse como punto de llegada y no de partida, en tanto se instalen mecanismos de participación efectiva tanto en orden a la gestión productiva como en cuanto a la distribución de lo producido.

A tal fin, debe promoverse el diálogo social que en el terreno laboral se expresa, básicamente, en comportamientos democráticos y participativos en donde se destaca como herramienta primordial la negociación colectiva.

La ley 26.727 mantiene la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, organismo normativo propio del sector desde 1947 (llamada entonces Comisión Nacional de Trabajo Rural, creada por la ley 13.020) de carácter paritario y de composición tripartita (con representantes estatales, obreros y patronales). Sus resoluciones resultan de aplicación para todos los trabajadores y empleadores comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen Estatutario y constituyen una de las fuentes normativas preponderantes para el sector.

Es pertinente asimismo subrayar, que en el marco de la nueva ley 26.727, se habilita la posibilidad de negociar colectivamente bajo el sistema general de la ley 14.250, lo que permitirá la incorporación de nuevos actores patronales y sindicales, enriqueciendo tanto los contenidos normativos como posibilitando una mayor intermediación entre las disposiciones provenientes de la autonomía colectiva y las realidades locales a las cuales estén dirigidas.

También con la ley 26.727 se introducen sustanciales modificaciones al sistema inspectivo aplicable al sector, al sumar a las facultades que en la materia dispone el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, aquellas otras que se encontraban bajo la órbita del Registro Nacional Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), creado en el año 1999 mediante la ley 25.191, organismo que era dirigido de manera directa por la entidad sindical UATRE y las Cámaras Empresarias integrantes de la Mesa de Enlace.

De esta forma, con el nuevo organismo (RENATEA) la cartera laboral suma una herramienta de vital importancia en el combate contra el trabajo no registrado, precario, esclavo e infantil en el ámbito agrario.

Es inocultable la vinculación directa que existe entre la vigencia efectiva de los derechos laborales y una eficiente fiscalización del cumplimiento de las obligaciones patronales que son el presupuesto necesario para que los trabajadores gocen de las garantías y beneficios que suponen esos derechos.

En definitiva, de lo que se trata es de nivelar y asimilar la realidad laboral del campo con respecto a la que se ha consolidado en la Argentina para quienes trabajan en las ciudades, desterrando definitivamente los abusos y retrasos que con tanta frecuencia se detectan en el trabajo rural.

Trabajo infantil: un punto de partida en la tipificación de los delitos sociales

por **ANDREA RUS⁽¹⁾** y **ANA M. SALAS⁽²⁾**

I | La erradicación del trabajo infantil como objetivo

El reconocimiento de la dignidad humana encuentra una máxima protección en la prohibición del trabajo realizado por menores.

Hablar de trabajo infantil implica reconocer la existencia de una inequidad social producto de la falta educación. No es un fenómeno que pueda abor-

.....

(1) Asesora Letrada de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza (1996-2008). Profesora adjunta en la Cátedra de Derecho Laboral y Seguridad Social, de la Carrera de Abogacía de la *Universidad de Congreso*, durante el año 2005. Profesora titular en la Cátedra de Legislación del trabajo y Seguridad Social, de la Carrera Licenciatura en Turismo de la *Universidad de Congreso*, desde el año 2006 hasta 2008. Prosecretaría de la Séptima Cámara del Trabajo de la Primer Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza desde el año 2009.

(2) Juez de la Séptima Cámara del Trabajo de Mendoza. Asesora Legal de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la provincia de Mendoza (1990-1998) Relatora de la Suprema Corte de Justicia de la Sala II con competencia laboral (2005-2009). Profesora de grado y posgrado de Práctica Profesional y del Derecho del Trabajo (Universidad de Mendoza y UNC). Integrante de la Comisión Asesora en materia laboral del Consejo de la Magistratura de Mendoza (1998-2000 y 2003-2005) Representante titular en el Jurado de la Comisión de Selección de Magistrado del Consejo de la Magistratura de la Nación. Autora de publicaciones de la especialidad en obras colectivas e individuales.

darse de forma aislada ya que se considera que es tanto una causa como una consecuencia de la pobreza y de los bajos niveles de bienestar social.

En efecto, el trabajo infantil perpetúa el círculo vicioso de la pobreza al impedir que los niños adquieran las calificaciones y la educación, necesarias para asegurarse un futuro mejor, y al mismo tiempo lesiona la economía de un país porque este flagelo de base terminará incidiendo en la pérdida de competitividad, productividad e ingresos potenciales⁽³⁾.

Es un tema que ha concentrado la atención mundial, lo que constituye un buen punto de partida porque una forma de comenzar a solucionar un problema es reconocer su existencia.

El trabajo infantil ha merecido el abordaje de diversos organismos internacionales preocupados en su tratamiento en vista de su eliminación. Así la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala que "(...)todo niño tiene derecho a ser protegido contra la explotación económica y contra todo trabajo que ponga en peligro su salud, su educación o su desarrollo integral. El Estado tiene la obligación de establecer edades mínimas para empezar a trabajar y de especificar las condiciones laborales". En el mismo sentido se expide La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII); La Declaración Universal de Derechos Humanos ; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 103); El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 24.1); La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.19); el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que una de las condiciones para alcanzar la justicia social y la paz universal permanente es la protección de los niños y de los adolescentes.

En el ámbito de la OIT se han concertado una serie de convenios que unidos a los informes y recomendaciones emitidos por sus organismos técnicos han permitido establecer las herramientas idóneas para la operatividad de ese principio. Por ello el presente trabajo se centrará en la actividad desplegada en tal sentido por la Organización Internacional del

(3) Ver "El trabajo infantil en la Argentina. Análisis y desafíos para la política pública". 1ª edición. Buenos Aires, Oficina de la OIT en Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2007.

Trabajo (OIT) donde para lograr el objetivo propuesto se instituyó El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), creado en el año 1992 y su objetivo general fue la erradicación progresiva del trabajo infantil, para lo cual se propuso como medio idóneo el fortalecimiento de la capacidad de los países para ocuparse del problema y promovió un movimiento mundial de lucha contra este mal.

Este programa exige esfuerzos significativos para luchar contra el trabajo infantil en las cadenas de producción, reconociendo el papel esencial que las empresas deben desempeñar para alcanzar el objetivo, generándose así la llamada “Responsabilidad Social Empresarial” (RSE). Ya que las empresas están cada vez más preocupadas por la presencia de trabajo infantil en sus cadenas de producción. Lo ven como incompatible con los valores de una empresa y como una amenaza a su imagen y a su capacidad para reclutar y retener a los mejores empleados, así como para la sostenibilidad de su cadena de producción.

En el año 2002 se estableció el 12 de junio como el día mundial contra el trabajo infantil como forma para poner de relieve la gravísima situación de ciertos niños y con el objeto ejercer de catalizador del creciente movimiento mundial contra el trabajo infantil, reflejado en el gran número de ratificaciones del Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y el Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo. Estos convenios persiguen la erradicación del trabajo infantil y forman parte de los ocho convenios fundamentales sobre derechos humano de la OIT.

El ambicioso objetivo de erradicar el trabajo infantil tiene como fecha el año 2016, pero la crisis mundial existente ha puesto en evidencia la posibilidad de no lograr la meta propuesta, por ello en la Conferencia mundial sobre el trabajo infantil, celebrada en La Haya en mayo de 2010 resolvió establecer una hoja de ruta que describa los pasos concretos para lograr la meta de la eliminación de las peores formas de trabajo infantil para esa fecha. Entre los temas que abarca esencialmente se puede considerar los siguientes ejes: 1- Identificación del tema: lo que llevar a determinar quiénes son los niños sometidos a las peores formas de trabajo infantil, 2- La políticas a implementar para solucionar el problema como el acceso a una educación de calidad y mayor inclusión social; y 3- Las acciones concretas que deberán emprender los actores institucionales como gobiernos, ONG, organizaciones de empleadores y sindicatos para alcanzar la

meta de 2016, teniendo en cuenta las diferencias y desafíos propios de los países y de qué manera deberán colaborar para optimizar los resultados, incluso a través de planes de acción que incluyan asignaciones presupuestarias y marcos de seguimiento⁽⁴⁾.

Nuestro país está llamado a actuar activamente en este plan, lo que nos lleva a analizar si el marco normativo existente resulta suficiente en la búsqueda del objetivo indicado y de otro más ambicioso: la protección integral de los niños.

2 | Qué se entiende por trabajo infantil

En forma preliminar corresponde definir qué se entiende por “trabajo infantil”. Este término suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.

Así en términos genéricos se hace referencia al trabajo que pone en peligro el desarrollo, físico, mental o moral del niño ya sea porque es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; o porque interfiere con su escolarización puesto que le priva de la posibilidad de asistir a clases o lo obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o le exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo.

Ahora bien, no todas las tareas realizadas por los niños deben clasificarse como el trabajo infantil que se ha de eliminar. Por lo general la participación de los niños o los adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Entre otras actividades, cabe citar la ayuda que prestan a sus padres en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o las tareas que realizan fuera del horario escolar o durante las vacaciones para ganar dinero producto de su propio esfuerzo. Este tipo de actividades son provechosas para el desarrollo de los pequeños y el bienestar de la familia; les

(4) Información extraída de la página web de la OIT: <http://www.oit.org.ar>.

proporcionan calificaciones y experiencia, y les ayuda a prepararse para ser miembros productivos de la sociedad en la edad adulta.

Lo expuesto resulta ser un indicador de importancia por cuanto calificar o no de “trabajo infantil” a una actividad específica dependerá no sólo de la edad del niño o la niña sino del tipo de trabajo en cuestión y la cantidad de horas que le dedica, las condiciones en que lo realiza, y los objetivos que persigue cada país. Aquí la respuesta varía de un país a otro y entre uno y otro sector.

Por ello en nuestro país la Comisión Nacional de Erradicación y Prevención del Trabajo Infantil (CONAETI) ha definido el trabajo infantil como toda actividad económica o estratégica de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas o niños, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, o que no han finalizado la escolaridad obligatoria o que no han cumplido los 18 años si se trata de trabajo peligroso.

Aunque el Convenio N° 182 de la OIT entiende por niño al menor de 18 años (art. 2), en términos generales y como pauta objetiva a nivel internacional se ha establecido que la edad mínima que se debe considerar para autorizar el ingreso de los niños al mercado laboral no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a los quince años. Como excepción podrá admitirse los 14 años, pero para ello la condición exigida es que se trate de un país cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados y la previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas (art. 2.2 y 4 del Convenio 138 de la OIT).

Tratándose de trabajos que por su naturaleza o por las condiciones en que se realicen puedan resultar peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, la edad no deberá ser inferior a dieciocho años. (art. 3.1 del Convenio 138 de la OIT).

Respecto de los llamados trabajos ligeros se puede autorizar el ingreso de menores de entre 13 a 15 años a condición de que estos trabajos no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo y no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben.

En todos los casos es condición esencial que se garantice plenamente la salud, la seguridad y la moralidad de los niños y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de la actividad correspondiente.

En definitiva la pauta objetiva, genérica y cronológicamente hablando, para autorizar el ingreso de menores al trabajo será los 15 años, pero si el trabajo es riesgoso o peligroso esa edad se eleva a los 18 años.

3 | Los medios técnicos jurídicos utilizados para alcanzar el objetivo

3.1 | En el plano internacional

La mayor parte de los países han adoptado leyes que prohíben o imponen severas restricciones al empleo y trabajo de los niños, en gran medida impulsados y guiados por disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas y las normas adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Respetando el ámbito de incumbencia de la problemática tratada centraremos el estudio en la regulación efectuada por la OIT. Este organismo ha establecido dos convenios que tratan el tema, el Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión en el empleo de 1973 y el N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999. Estas normas básicas han sido complementadas con los informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de los convenios y sus consiguientes recomendaciones.

Analizaremos por separado estos convenios y sus recomendaciones y en base al marco legal proporcionado por ellos verificaremos su recepción en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

3.1.1. El Convenio N° 138

Este convenio fue adoptado como un instrumento general que reemplazó las disposiciones contenidas en los primigenios parciales convenios, que eran aplicables a sectores económicos limitados sobre la edad mínima (industria), 1919; Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921; Convenio sobre

la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921; Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937; Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937; Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959, y Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965. El objetivo de este convenio fue y es lograr la total abolición del trabajo de los niños.

El Convenio exige a los Estados Miembros que establezcan en su legislación una edad mínima legal de admisión al empleo, la cual no debe ser inferior a la edad en que cesa la educación obligatoria, y en todo caso, a 15 años.

Como se indicó anteriormente, se admite a modo de excepción que un Estado miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados pueda, bajo ciertas condiciones, inicialmente especificar una edad mínima de 14 años. Así se ha permitido que la legislación y normativa nacional puedan permitir el empleo de niños de 13 a 15 años de edad en trabajos ligeros que no interfieran en su asistencia a la escuela, ni sean perjudiciales para su salud o desarrollo. Los niños de 12 a 14 años pueden ser empleados en trabajos ligeros en aquellos países en donde la edad mínima de admisión al empleo es de 14 años.

En términos generales se ha establecido el siguiente cuadro indicativo de la edad mínima para acceder al empleo según el tipo de actividad:

TABLA 1

	Edad mínima autorizada para que los niños comiencen a trabajar	Posibles excepciones para algunos países en desarrollo
Trabajo peligroso Ninguna persona menor de 18 años debe realizar trabajos que atenten contra su salud o su moralidad.	18 años (16 años siempre que se cumplan estrictas condiciones)	18 años (16 años siempre que se cumplan estrictas condiciones)
Edad mínima límite La edad mínima de admisión al empleo no debe estar por debajo de la edad de finalización de la escolarización obligatoria, por lo general, los 15 años de edad.	15 años	14 años

	Edad mínima autorizada para que los niños comiencen a trabajar	Posibles excepciones para algunos países en desarrollo
Trabajo ligero Los niños de entre 13 y 15 años de edad podrán realizar trabajos ligeros, siempre y cuando ello no ponga en peligro su salud o su seguridad, ni obstaculice su educación, su orientación vocacional ni su formación profesional.	Entre 13 y 15 años	Entre 12 y 14 años

3.1.2. El Convenio N° 182

Los datos relevados de la realidad en los distintos países mostraron que el trabajo infantil es un problema de inmensas proporciones y de ámbito mundial. Tras realizar estudios exhaustivos en esta materia, la OIT llegó a la conclusión de que era necesario mejorar los Convenios sobre trabajo infantil existentes y así surge el Convenio N° 182.

Este convenio ayudó a despertar un interés internacional respecto de la urgencia de actuar para eliminar las peores formas de trabajo infantil prioritariamente y sin perder de vista el objetivo a largo plazo de la abolición efectiva de todo el trabajo infantil.

En éste se exhorta a los Estados Miembros a adoptar las “medidas inmediatas y eficaces para consecución de estos objetivos.

El convenio clarifica el ámbito de aplicación al especificar que las peores formas de trabajo infantil abarca:

- Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo; y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento de niños para utilizarlos en conflictos armados.
- La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.

- La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes.
- El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. Este tipo de trabajo debe ser determinado por las autoridades nacionales.

Exige que cada Estado Miembro que ratifica el Convenio diseñe y ejecute programas de acción para eliminar, como medida prioritaria, esas peores formas de trabajo infantil.

Si bien muchos países han establecido planes de acción nacionales que constituyen marcos para lograr ese objetivo, se ha observado que la participación de los niños en la fuerza de trabajo es infinitamente variada y cambiante porque responde a los cambios sociales y del mercado, y a ello se agrega la flexibilidad de la enorme y desprotegida potencial fuerza de trabajo infantil. Sin lugar a dudas la pobreza y la exclusión social, la movilidad de la mano de obra, la discriminación y la falta de suficiente protección social y de oportunidades de educarse inciden en la situación del trabajo infantil.

En este contexto y como primera medida se ha trabajado en la delimitación del mapa laboral donde se detecta trabajo infantil y en función de ello se determina el plan de acción a seguir que resulta más idóneo y pertinente. En función de ello se han podido distinguir tres sectores: el de la agricultura, el industrial y el de los servicios.

El sector de la agricultura comprende actividades de la agricultura, la caza, la silvicultura y la pesca; el industrial comprende la minería y extracción de piedras, la manufactura, la construcción y los servicios públicos (electricidad, gas y agua); y el de los servicios incluye la venta al por mayor y al por menor, los restaurantes y hoteles, el transporte, el almacenamiento y las comunicaciones, las finanzas, los seguros, los bienes raíces, servicios comerciales y los servicios comunales, sociales y personales.

En cuanto a las acciones a adoptar la experiencia ha demostrado que la combinación de crecimiento económico, respeto de las normas del traba-

jo, educación universal y protección social, junto con una mejor comprensión de las necesidades y derechos de los niños, puede reducir de forma significativa el trabajo infantil, un problema persistente que, incluso si se supera en ciertos lugares o sectores, tenderá a reaparecer en modalidades nuevas y a menudo imprevisibles por ello la respuesta al problema debe ser tan versátil y adaptable como el propio trabajo infantil dado que no existen las fórmulas sencillas y rápidas para solucionarlo ni un programa de acción de aplicación universal.

3.1.3. Informes de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones

3.1.3.1. Referidos al Convenio N° 138

En la aplicación de este Convenio la Comisión de Expertos ha emitido varias recomendaciones como la N° 146, 041 y 052. En las mismas se establecen pautas de utilidad destinadas a lograr el marco económico-social que permita cumplir con la edad mínima autorizada para acceder al empleo, la regulación de las condiciones labores referidas a la jornada laboral, los descansos, las remuneraciones, los controles médicos, etc., comprendiendo también los supuestos de trabajos ligeros, en espectáculos públicos o artísticos y en las empresas familiares. También se hace referencia a la necesidad de un adecuado control a través del servicio de inspección de las autoridades laborales y los registros necesarios para facilitar su control.

En la Recomendación N° 146 se ha destacado que para lograr el éxito de la política nacional a la que alude el artículo 1 del Convenio sobre la edad mínima, las políticas y los planes nacionales de desarrollo deberían atribuir elevada prioridad a la previsión de las necesidades de los menores y a la satisfacción de dichas necesidades, así como a la extensión progresiva y coordinada de las diversas medidas necesarias para asegurar a los menores las mejores condiciones para su desarrollo físico y mental⁽⁵⁾.

A tal efecto se consideró que la mayor atención debía centrarse, entre otros, en los siguientes temas: a) Lograr el pleno empleo, de acuerdo con el Convenio y la Recomendación sobre la política del empleo de 1964, y la

(5) Sobre el tema ver también la Declaración Socio-Laboral del Mercosur del 10 de diciembre de 1998.

adopción de medidas que estimulen un desarrollo orientado a favorecer el empleo en las zonas rurales y urbanas; b) La extensión progresiva de otras medidas económicas y sociales destinadas a aliviar la pobreza dondequiera que exista y a asegurar a las familias niveles de vida e ingresos tales que no sea necesario recurrir a la actividad económica de los niños; c) El desarrollo y la extensión progresiva, sin discriminación alguna, de la seguridad social y de las medidas de bienestar familiar destinadas a asegurar el mantenimiento de los niños, incluidos los subsidios por hijos; d) El desarrollo y la extensión progresiva de facilidades adecuadas de enseñanza y de orientación y de formación profesionales, adaptadas por su forma y contenido a las necesidades de los menores; e) En los casos en que la edad mínima de admisión a los tipos de empleo o de trabajo que puedan resultar peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores sea inferior a dieciocho años, deberían tomarse medidas urgentes para elevarla a esta cifra; f) Se deberían tomar igualmente medidas para proteger y vigilar las condiciones en las que los niños y los adolescentes reciben orientación y formación profesional en las empresas, en instituciones de formación o en escuelas de formación profesional o técnica, y para establecer normas para su protección y progreso.

En la adopción de esas políticas se deberían tener particularmente en cuenta las necesidades de los menores que no tienen familia o que, teniéndola, no viven con ella y de los menores migrantes que viven y viajan con sus familias. Las medidas adoptadas en el tema deberían incluir la concesión de becas y la formación profesional.

Para dar efecto al art. 7º, párrafo 3 del Convenio, se debería prestar especial atención a: a) La fijación de una remuneración equitativa y su protección, habida cuenta del principio "salario igual por trabajo de igual valor"; b) La limitación estricta de las horas dedicadas al trabajo por día y por semana, y la prohibición de horas extraordinarias, de modo que quede suficiente tiempo para la enseñanza o la formación profesional (incluido el necesario para realizar los trabajos escolares en casa), para el descanso durante el día y para actividades de recreo; c) El disfrute, sin posibilidad de excepción, salvo en caso de urgencia, de un período mínimo de doce horas consecutivas de descanso nocturno y de los días habituales de descanso semanal; d) La concesión de vacaciones anuales pagadas de, por lo menos, cuatro semanas, y que no deberán ser en caso alguno inferiores a aquellas de las que disfrutaban los adultos; e) La protección por los planes

de seguridad social, incluidos los regímenes de prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia médica y las prestaciones de enfermedad, cualesquiera que sean las condiciones de trabajo o de empleo; f) La existencia de normas satisfactorias de seguridad e higiene y de instrucción y vigilancia adecuadas.

En forma especial se destacó que entre las medidas destinadas a asegurar la aplicación efectiva del Convenio sobre la edad mínima deberían figurar: a) El fortalecimiento, en la medida necesaria, de la inspección del trabajo y servicios conexos, capacitando especialmente, por ejemplo, a los inspectores para descubrir los abusos que puedan producirse en el empleo o trabajo de niños y adolescentes para suprimir dichos abusos; y b) El fortalecimiento de los servicios relacionados con la mejora y la inspección de la formación en las empresas.

Por último, para facilitar la verificación de las edades, se recomendó que los empleadores deberían llevar y tener a disposición de la autoridad competente registros u otros documentos donde se indique el nombre, apellidos y la fecha de nacimiento o la edad, debidamente certificados siempre que sea posible, no sólo de todos los menores empleados por ellos, sino también de los que reciban orientación o formación profesional en sus empresas. Respecto de los menores que trabajan en la vía pública, en puestos callejeros, en lugares públicos, en profesiones ambulantes o en otras circunstancias en que no se puedan controlar los registros del empleador, se les debería extender permisos u otros documentos que acrediten su elegibilidad para desempeñar esos trabajos.

Respecto de la posibilidad de emplear a niños en los llamados “trabajos ligeros”, se estableció que pueden ser admitidos los niños fuera de las horas de asistencia a la escuela, para ocupaciones y empleos tales como los de recaderos, repartidores de periódicos, trabajos relacionados con deportes y los juegos, recolección y venta de flores o frutos.

En la admisión de los niños en esos trabajos las autoridades competentes deberán exigir el consentimiento de los padres o tutores, un certificado médico de aptitud física para el trabajo de que se trate y, si fuere necesario, un informe previo de las autoridades escolares.

Las limitaciones al empleo diario de los niños en trabajos ligeros fuera de las horas de clase deberían adaptarse al horario de la escuela y a la edad

del niño. Cuando la enseñanza se imparta en clases por la mañana y por la tarde se debería garantizar al niño un descanso suficiente, antes de la clase de la mañana, durante el intervalo que media entre las clases de la mañana y las clases de la tarde, e inmediatamente después de estas últimas.

En la Recomendación N° 041 se han abordado diversos temas como el empleo de niños menores de doce años en los espectáculos públicos y en la impresión de cintas cinematográficas como actores o figurantes, se estableció que debería estar, en principio, prohibido. Las excepciones a esta regla deberían reducirse a un mínimo y admitirse únicamente en los casos en que redunde en beneficio del arte, la ciencia o la enseñanza.

Los permisos concedidos por las autoridades competentes en ciertos casos individuales deberían otorgarse únicamente cuando la naturaleza o clase especial del empleo puedan justificarlos, cuando sea evidente que el niño posee la aptitud física requerida para dicho empleo, y previo consentimiento de los padres o tutores. Cuando se empleen niños en películas cinematográficas se deberían tomar medidas especiales a fin de que permanezcan bajo la vigilancia de observadores. Además, será conveniente cerciorarse que el niño ha de recibir buenos tratos y ha de poder continuar sus estudios. Cada permiso debería especificar el número de horas en que el niño podrá estar empleado, habida cuenta, especialmente, del trabajo nocturno y del trabajo en domingos y días de fiesta legal. La autorización será expedida para un solo espectáculo determinado o para un período limitado y podrá ser renovada.

Entre los trabajos que presentan un carácter peligroso para la vida, salud o moralidad de las personas empleadas en ellos pueden incluirse ciertos empleos en los espectáculos públicos, tales como los de acróbatas; todo trabajo en los hospitales, clínicas y sanatorios que entrañe un peligro de contagio o infección, y el servicio a los clientes en los establecimientos de bebidas alcohólicas. Las edades mínimas para estos empleos deberían fijarse según los peligros particulares de cada empleo y, en ciertos casos, la edad exigida para la admisión de las menores mujeres debería ser superior a la exigida para los varones.

En el mismo sentido y para proteger la moral de los niños, debería prohibirse a las personas que hayan sido condenadas por ciertas faltas graves o que se entreguen habitualmente a la bebida, el empleo de niños que

no sean hijos suyos, incluso cuando estos niños hagan vida en común con dichas personas.

Por último, la Conferencia en la Recomendación N° 052 ha aconsejado a los Miembros de la Organización que deberían hacer todo lo posible por aplicar la legislación sobre la edad mínima de admisión a todas las empresas industriales, incluidas las empresas familiares.

3.1.3.2. Referidos al Convenio N° 182

Respecto del Convenio N° 182 la lectura de la Primera Edición del año 2012 del informe emitido por la Comisión de Expertos y sus consiguientes Recomendaciones permiten la investigación de áreas o temas que resultan de utilidad para los países miembros y el análisis de sus regulaciones legales para evaluar el cumplimiento de las observaciones efectuadas.

En forma especial la Comisión destacó que el ámbito de aplicación del Convenio N° 182 no se limita sólo a las relaciones laborales de carácter formal. Y en las observaciones efectuadas en el análisis de su aplicación se destacó la necesidad de legislar sobre la explotación sexual infantil sin distinción de sexo, sobre la utilización de niños en el tráfico de sustancias tóxicas, el reclutamiento de niños con fines bélicos, el trabajo de niños en la calle y en el ámbito domésticos. De esta forma se insta a los países miembros a adaptar sus legislaciones a las recomendaciones sobre estos temas.

Respecto del ámbito del Convenio N° 182 se ha observado que los Códigos del Trabajo sólo se aplican a los que tienen una relación de empleo y no cubre muchas áreas del trabajo en el sector informal tales como los negocios y granjas familiares, la mendicidad, la recolección manual de desperdicios, la tracción y el trabajo durante el día, que es en donde existen los problemas más graves en materia de trabajo infantil. Por ello la Comisión destacó que los Convenios no sólo se aplican al trabajo en virtud de un contrato de empleo, sino a todos los tipos de trabajo o de empleo y solicitó a los gobiernos que adoptasen las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores por cuenta propia de menos de 18 años de edad tengan la debida protección frente a el trabajo peligroso. En forma especial se destacó la necesidad de que las disposiciones de la legislación nacional sobre el examen médico de aptitud para el empleo no sólo se aplique a los jóvenes trabajadores del sector formal, dado que los niños

que ejercen una actividad independiente están, por derecho, también cubiertos por el campo de aplicación del Convenio N° 182⁽⁶⁾.

La Comisión teniendo en cuenta las observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, señaló especialmente su preocupación por la situación de los niños guaraníes que viven en condiciones de servidumbre, padecen el trabajo forzoso y son víctimas de abuso. Se recomendó adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas que recurren al trabajo infantil de los menores de 18 años en las explotaciones de caña de azúcar en condición de servidumbre por deudas o de trabajo forzoso, sean enjuiciadas y que se les impongan sanciones eficaces y disuasorias.

En situaciones como ésta la Comisión solicitó la elevación de informes sobre la aplicación de las disposiciones de la legislación nacional relativas a estas peores formas de trabajo infantil, facilitando especialmente estadísticas sobre el número y la naturaleza de las infracciones señaladas, las investigaciones realizadas, los enjuiciamientos llevados a cabo, y las condenas y sanciones penales impuestas.

También requirió que se intensifiquen los esfuerzos para reforzar la capacidad de la inspección del trabajo y para garantizar que se lleven a cabo visitas regulares, incluidas las visitas no anunciadas, para garantizar una mejor vigilancia del trabajo infantil, especialmente en la cosecha de la caña de azúcar así como en el sector minero⁽⁷⁾.

En cuanto a la explotación sexual de niños con fines comerciales, la Comisión destacó que la mayoría de las disposiciones de los Códigos Penales relativas a los delitos sexuales se refieren únicamente a las niñas y no parecen existir disposiciones similares para proteger a los niños. Por ello ha solicitado a los países la adopción de medidas para garantizar la prohibición de la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños y niñas a los fines de la prostitución incluyendo la producción de material pornográfico. Se requirió que la normativa también debe sancionar penalmente a toda persona que induzca, coaccione o aliente a un niño a ejercer la prostitución, o que induzca, coaccione o aliente a una persona para que prostituya

(6) Ver Recomendación N° 079.

(7) Ver Recomendación N° 125, 081 y 082.

o cause la prostitución de un niño, entendiendo por tal a toda persona menor de 18 años de edad. Como medida esencial de carácter complementario se aconsejó intensificar los esfuerzos destinados a proporcionar la asistencia directa necesaria y adecuada para liberar a los niños víctimas de la explotación sexual comercial y asegurar su rehabilitación e inserción social, incluyendo medidas destinadas a la reducción de la pobreza⁽⁸⁾.

En el mismo sentido se ha observado la ausencia de disposiciones legislativas en los países por las que se prohíba la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la producción y el tráfico de estupefacientes o sustancias tóxicas. En el tema se ha requerido la adopción de las medidas necesarias para garantizar el dictado de un estatuto específico sobre justicia de menores.

También se advirtió que de la revisión de los Códigos Penales surgía la omisión de disposiciones a fin de asegurar una mejor protección de los niños contra los crímenes de guerra y recordó que el reclutamiento de niños menores de 16 años en conflictos armados constituye un crimen de guerra. En consecuencia, se solicitó la adopción de medidas urgentes para modificar la legislación nacional y prohibir el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños menores de 18 años para participar en un conflicto armado.

Otro tema donde la Comisión ha expresado su preocupación lo constituye el creciente número de niños que trabaja en las calles en situación de vulnerabilidad y que se ven expuestos a diversas formas de explotación, por lo que ha exhortado a los Gobiernos a que continúen sus esfuerzos para protegerlos de esas peores formas de trabajo, liberarlos del trabajo en la calle y asegurar su rehabilitación y reinserción social⁽⁹⁾.

No escapa de la agenda el trabajo de niños en ambientes domésticos donde se ha solicitado la adopción de medidas inmediatas y efectivas para garantizar que se realizan investigaciones en profundidad y procesamiento estrictos de las personas que obligan a menores de 18 años a realizar trabajo doméstico forzoso o peligroso y que se imponen sanciones lo suficientemente efectivas y disuasorias en la práctica⁽¹⁰⁾.

(8) Ver Recomendación N° 190.

(9) Ver Recomendación N° 079.

(10) Ver Recomendación N° 067.

Como colofón y en forma especial en la Recomendación N° 035 la Comisión ha destacado que es conveniente evitar recurrir a los diversos medios indirectos que tengan por efecto agravar artificialmente la presión económica que impulsa a ciertos sectores actores de la población hacia el trabajo asalariado y como consecuencia de: a) Imponer a las poblaciones cargas fiscales tan pesadas que tengan por efecto obligarlas a buscar trabajo asalariado en las empresas privadas; b) Poner tales restricciones a la posesión, ocupación o uso de la tierra que conlleven a dificultades reales para el trabajador que desee atender a sus necesidades mediante el cultivo libre; c) Dictar leyes sobre los permisos de circulación que tengan por efecto poner a los trabajadores que se encuentren al servicio de un tercero en una situación desventajosa en relación con los demás trabajadores; entre otros.

3.2 | En plano nacional

La República Argentina en materia de minoridad ha legislado todo lo relativo a la primordial satisfacción del interés superior del niño referido al pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocidos en las Leyes N° 23.849, N° 26.061; N° 26.529, modificada por ley 26.742, su Decreto reglamentario 1089/12; Decreto 1602/09 (B.O. 30/10/09), entre otros. A través de esta batería normativa se busca satisfacer la finalidad de la protección integral del niño.

En materia laboral se ha receptado normativamente la prohibición de trabajo infantil desde antaño pero no por ello se ha visto privada de su angustiante presencia.

La intención tuitiva de los menores se ha visto reflejada en las leyes ratificadoras de los convenios al respecto de la OIT: la ley 24.650 que ratifica el Convenio N° 138 y la ley 25.255 por la que se ratifica el Convenio N° 182.

La trascendental reforma constitucional de 1994, incorporó entre los Tratados Internacionales que hizo suyos, a la Convención sobre los Derechos de Niño aprobada por ley 23.849 pero su inclusión en la Carta Magna lo sitúa en un lugar especial, ya que irradia una clara política a la que deben adecuarse no solo el resto de las leyes, sino también la conducta de todos los sectores institucionalizados gubernamentales y no gubernamentales,

como también todos los sujetos que se encuentran involucrados cualquiera sea el lugar en el escenario del trabajo humano.

En cumplimiento de esta manda constitucional se dictó en 1999 la ley 25.212, que unifica el sistema de infracciones y sanciones de la normativa laboral y clasifica como infracción muy grave “la violación de las normas relativas al trabajo de menores” (art. 4, inc. e-), estableciendo como sanción, además de multas pecuniarias, la posibilidad de clausura del establecimiento, la inhabilitación para acceder a licitaciones públicas y la suspensión de los registros de proveedores o aseguradores del Estado Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los supuestos de reincidencia⁽¹¹⁾.

Como nota de interés corresponde destacar que expresamente se estableció la responsabilidad solidaria de los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho sancionado cuando el infractor fuera una persona jurídica (art. 10).

La Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. por Decreto 390/76) regulaba en su Título VIII todo lo relativo al trabajo de menores y establecía, en cuanto a la edad, la prohibición del trabajo de menores de 14 años. La Ley 26.390 (B.O. 25-06-08) introdujo importantes cambios en el título que pasó a denominarse “De la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente”.

Esta ley, en consonancia con esta pauta protectoria establecida en el Convenio N° 138 de la OIT, elevó la edad mínima para la admisión en el empleo a los 16 años (con autorización de los padres)⁽¹²⁾. De forma tal que quedó prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro, con las consecuencias legales establecidas en el art. 40 de la LCT.

(11) Esta ley fue ratificada por la Provincia de Mendoza a través de la ley N° 6956.

(12) En Mendoza la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social ha dictado la Resolución N° 4109/11 por la que se reglamenta la autorización para trabajar de estos menores incluidos los supuestos de trabajo en empresa familiar como la contratación de infantes para realizar trabajos de tipo artístico.

Esa edad también quedó establecida para los supuestos regulados por el Decreto-ley 326/56, de servicio doméstico; la Ley 22.248, de trabajo agrario y la ley 25.013, en lo que respecta al contrato de trabajo de aprendizaje.

En forma especial se reguló el trabajo adolescente, entendiéndose por tal aquel donde se desempeñan menores de 16 a 18 años.

En lo que respecta al trabajo de menores en empresas familiares (entendiéndose por tales aquellas cuyo titular es el padre, madre o tutor del menor), a modo de excepción se autorizó el trabajo desde los 14 años pero sometido a varias condiciones referidas a la carga horaria, la que no puede superar las tres (3) horas diarias y las quince (15) horas semanales; el tipo de tareas ya que no puede tratarse de tareas penosas peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. En estos casos es requisito esencial contar con la previa autorización administrativa de la autoridad laboral de cada jurisdicción.

Respondiendo a la realidad de la actividad agraria que se ejecuta en zona rural o urbano marginal, el Régimen del Trabajo Agrario recientemente sancionado, Ley 26.727 (B.O. 28-12-11), reglamenta particularmente este aspecto en su Título "Prohibición del Trabajo Infantil y protección del trabajo adolescente". Aunque por disposición del 104 de la ley resulta aplicable supletoriamente la normativa que sobre el tema contiene la Ley de Contrato de Trabajo, el legislador ha querido mantener la superposición del tratamiento en forma funcional a la política de erradicación e intolerancia al trabajo infantil y protección de las condiciones del trabajo infantil en este estatuto especial.

Como se afirmara con anterioridad el Estatuto del Trabajo Agrario reitera la prohibición de menores de 16 años en el trabajo, aún cuando no se tipificara una relación de empleo. De esta manera se evita que se disfraze la actividad del menor con formas pseudo-laborales. Aquí se sitúa a la Inspección del Trabajo como la encargada de ejercer las funciones conducentes para hacer cumplir esta prohibición.

A partir del art. 55, se regula el trabajo adolescente reiterando principios de la ley 20.744 acorde a la modificación de la Ley 26.390, pero enfatizando requisitos para el ingreso, tales como el certificado de aptitud física

(art. 55), certificado de escolaridad (art. 57), tipos de tareas y jornada que se encuentran vedadas (art. 59 y 62), presunción de responsabilidad del empleador en el caso de enfermedades o accidentes de trabajo como consecuencia de la ejecución de tareas prohibidas o efectuadas en condiciones que signifiquen infracción a la ley, en consonancia con idéntica disposición contenida en el art. 195 de la LCT.

Por su parte el art. 64 incorpora la manida obligación, pero no por ello menos importante, del empleador respecto a los espacios de cuidado y contención de los niños a cargo del trabajador que se desempeña en el establecimiento, durante todo el tiempo que dure la jornada laboral. Estos espacios deben estar a cargo de personal calificado y/o con experiencia en el cuidado de la infancia y tendrá por objeto atender a los niños y niñas que aún no han cumplido la edad escolar y también, en contra turno, a los que asisten a la escuela hasta cubrir la jornada laboral de los adultos a cuyo cargo se encuentren. Queda sujeta a la reglamentación los requisitos mínimos que deberán cumplir estos espacios así como la nómina salarial que determina su exigencia.

De esta manera se reconoce el hecho que la realidad nos aporta especialmente en la creciente cantidad de mujeres que son contratadas en este sector y que se ven obligadas a concurrir a prestar su débito laboral en compañía de sus hijos menores. Estos niños aún sin trabajar se encuentran expuestos a agentes nocivos y/o riesgos propios de la actividad (ruidos, máquinas peligrosas, hacinamiento, gases tóxicos, etc).

A la secuencia meramente referencial efectuada se le deba agregar las estrategias llevadas a cabo por el gobierno nacional y provincial para la erradicación del trabajo infantil ⁽¹³⁾.

(13) En el tema detenta gran importancia los relevamientos que hasta el momento no se han realizado en forma sistemática. El primer relevamiento oficial publicado sobre trabajo infantil a nivel nacional se realizó en el año 2004 en el Gran Buenos Aires, Noroeste Argentino, Noreste Argentino y Mendoza. Ver "Barómetro de la deuda social de la infancia-Argentina 2004-2008: Condiciones de vida de la niñez y adolescencia" Observatorio de la Deuda Social Argentina. Pontificia Universidad Católica Argentina. Año 2011. En la Provincia de Mendoza la primera medición sobre trabajo infantil se realizó en el mes de noviembre de 2003 en el área del Gran Mendoza (5 municipios de los 18 que tiene la provincia, a saber: Capital, Guaymallén, Godoy Cruz, Las Heras, Maipú, Luján). y en el circuito del sistema educativo formal, por ello tiene carácter parcial, es decir, no es representativa de la situación de toda la provincia. Se realizaron encuestas en 185 escuelas urbano marginales y rurales. Se encuestó en forma anónima a los niños de 6 a 14 años de esas escuelas y para

Así, entre otras líneas de acción, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en el año 2011 instituyó el "Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, República Argentina 2011- 2015". En respuesta al mismo las distintas jurisdicciones han llevado a cabo planes especiales destinados a realizar un abordaje social del trabajo infantil. A modo de ejemplo en la Provincia de Mendoza se puso en funcionamiento el "Programa Buena Cosecha" por el que se promueve la creación de centros socio-educativos de contención, destinados a niños y niñas de hasta 15 años, hijos de trabajadores, mediante la gestión asociada del Estado (nacional, provincial y municipal), los sindicatos, empresas y Organizaciones de la Sociedad Civil . Este programa cuenta en la actualidad con 70 centros que albergan a aproximadamente 3200 niños, niñas y adolescentes, llegando así a 2300 familias, con la afectación de 214 cargos docentes.

En forma complementaria se llevan a cabo tareas de investigación que han permitido concluir que es menos difícil detectar trabajo infantil en las actividades donde hay relación de dependencia y en las que tiene una temporalidad determinada, como es el caso de la cosecha, mientras que claramente son de más difícil detección, y por supuesto presentan dificultades para la fiscalización, las actividades menos visibles, como son el trabajo infantil doméstico, o los trabajos mucho más precarios que se dan en un ámbito familiar, impulsado por la propia familia y por situaciones económicas muy precarias, que además tiene que ver con estrategias de supervivencia familiar, como son las mendicidad o el trabajo en los basurales, o en cualquier otra forma de supervivencia en la calle. Todas

.....
ello se tomaron 565 casos que arrojaron los siguientes índices: a) S/ niveles educativos: El 37 % corresponde a niños escolarizados en la EGB.1, el 28% en EGB 2; el 35% en EGB.3 ; b) S/ sexo: El 44% son masculinos y el 56% femeninos.; c) S/ edad: De 12 a 14 años el 44%, de 9 a 11 el 33%, de 6 a 8 el 23%. d) S/ trabajo un 32,56% la mayoría en Maipú seguido de Las Heras y Godoy Cruz; e) S/ actividad: El 41,3% trabajan en actividades rurales, el 22,2 % en comercio y servicios, el 17,4 % en economía informal, el 13,6 % en construcción y hornos de ladrillo, el 3,3% en trabajo doméstico, el 2,2% en sector manufacturero: f) S/ el distrito: Actividades rurales: 1° Maipú, sigue Luján y después Las Heras.; Comercio y servicios: 1° Guaymallén, 2° Las Heras, 3° Maipú, 4° Godoy Cruz; Economía informal: 1° Godoy Cruz, 2° Las Heras, 3° Guaymallén: Trabajo doméstico: 1° Las Heras, 2° Luján; Construcción y hornos de ladrillo: 1° Las Heras, 2° Guaymallén. Sector manufacturero: Guaymallén y Luján. g) S/ horario de trabajo La mayoría trabajan entre 4 a 8 horas, entre 6 y 7 días a la semana durante 9 a 12 meses; h) S/ edad inicial: Comienzan a trabajar entre los 5 y 9 años el 56,52%. Reciben a cambio dinero un 56%, ropa y comida un 32%, un 12% nada. El 59,78% de los niños que trabajan lo hacen con familiares adultos. El 13,58% con familiares niños. Colaboran con las tareas del hogar un 79,29%.

estas actividades tienen consecuencias muy nocivas a nivel de la salud tanto física como psíquica, y por supuesto a nivel educativo y social en general⁽¹⁴⁾.

Todo proceso de diseño y planificación que genere las condiciones propicias para un abordaje sistemático e integral de la problemática se basa en una sólida base de conocimientos, la celebración de consultas con las partes interesadas y el empleo de herramientas de planificación y programación propias del marco lógico. Con una vigilancia sistemática se logra eficacia y racionalidad en relación con los recursos, la ejecución de las actividades, la transmisión de los resultados y el avance en la consecución de los objetivos en todos los niveles⁽¹⁵⁾.

En todos los casos la educación como arma de lucha contra el trabajo infantil tanto en entornos formales como no formales ha demostrado ser un programa innovador y experimentado. Se ha constatado que este recurso es de suma utilidad en la prevención del fenómeno y la rehabilitación de los niños que solían trabajar. La educación no formal o de transición ha sido provechosa en la rehabilitación de los niños rescatados del trabajo. La educación y la formación profesionales han facilitado las calificaciones necesarias de cara el empleo remunerado, lo cual a su vez contribuye al desarrollo local y nacional.

Esta herramienta debe estar complementada por un buen sistema de seguimiento y fiscalización, por ello el art. 25 de la ley 26.061 establece que los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas

(14) Información suministrada por la Lic. Bárbara Simón. Asesora de la Subsecretaría de Trabajo Dirección de Empleo de Mendoza. Área Trabajo Infantil.

(15) En este orden de ideas constituye un ejemplo el trabajo de investigación llevado a cabo en los hornos de ladrillo de la provincia de Mendoza, donde la actividad laboral comercial de los padres se realiza en el mismo lugar donde vive la familia. Aquí la peligrosidad se configura por la sola presencia de los niños en el lugar de trabajo sin perjuicio del trabajo infantil efectivamente prestado. En este sector la mayoría de los padres conocen las consecuencias del trabajo infantil en la salud y escolaridad de sus hijos pero el contexto socio-económico-cultural no favorece la orientación en forma definitiva de las actividades de los niños hacia horizontes que presenten mejores posibilidades de desarrollo. Ver sobre el tema "Trabajo infantil y adolescente en los hornos de ladrillo de Las Heras, Provincia de Mendoza. Diagnóstico y propuestas a partir de una estudio rápido" Año 2011 Autoría de los Sres. Jorge Asso, María Laura Raía, María Emilia Páez, María Soledad Raía, funcionarios de la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza.

adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños. Funcional a este objetivo el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a través de su Subsecretaría de Fiscalización del Trabajo y de la Seguridad Social ha dictado la Resolución N° 141/12 (B.O. 6/06/2012) mediante la cual se ha aprobado los modelos de formularios a utilizar en las acciones de fiscalización que se realicen en materia de trabajo infantil y adolescente conforme los Anexos que la integran⁽¹⁶⁾.

La somera referencia de la normativa que regula el tema pone en evidencia que nuestro país posee especiales normas tuitivas del trabajo infantil al prohibir el trabajo de menores de 16 años y regular las condiciones del trabajo adolescente, asegurando siempre la instrucción escolar básica obligatoria. Desde la Carta Magna a las leyes que regulan el trabajo en relación de dependencia en sus distintas actividades (ley 20.744, ley 26.727, Dto ley 326/56, ley 26.390. entre otras) como así también la ley que regula la inspección y sanciona las infracciones laborales (Ley 25.212), se procura concretar un especial marco de protección de este sector.

No obstante lo cual consideramos que, sin perjuicio de la verificación de la adaptación de la legislación local a las Recomendaciones efectuadas por la OIT, queda aún una asignatura pendiente, y es la penalización de la figura del trabajo infantil en un todo de acuerdo con lo establecido en el art. 32.2.c) de La Convención sobre los Derechos del Niño y a través de la cual se concrete, al decir de la OIT, el establecimiento de sanciones "eficaces y disuasorias" de esta "peor" forma de trabajo que permita dar un "rostro humano a la globalización"⁽¹⁷⁾.

(16) En la Provincia de Mendoza a partir del año 2008 se han sistematizado las inspecciones contra el trabajo infantil y se intensificaron la cantidad de medias al respecto que dieron lugar a la imposición de onerosas multas. Así desde dicho año y al 10-06-12 se han realizado un total de 556 inspecciones que permitieron constatar 79 infracciones con un total de 220 niños involucrados. Cabe destacar que cualquier empresa que necesite acceder a un subsidio del Estado deber presentar un certificado de "Libre de mano de obra infantil" . Información suministrada por la Lic. Bárbara Simón. Asesora de la Subsecretaría de Trabajo Dirección de Empleo de Mendoza. Área Trabajo Infantil.

(17) Informe de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Primera Edición 2012.

4 | La penalización del trabajo infantil

La regulación actual del trabajo infantil en la República Argentina permite su tipificación como un delito con la consiguiente determinación de las sanciones penales específicas a la utilización y aprovechamiento personal del trabajo infantil que ayuden a desnaturalizar su existencia y erradicarlo definitivamente de nuestra sociedad.

En este sentido corresponde destacar que en el Congreso Nacional se está trabajando en un proyecto de ley por el que se pretende incorporar en el Capítulo VII, del Título I del Libro Segundo: "De los delitos" del Código Penal, la siguiente reforma:

Art. 108 bis: Será reprimido con prisión de 1(unos) a 4 (cuatro) años, el que promoviere, facilitare, aprovechar o explotare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Cuando el hecho hubiere sido ejecutado en perjuicio del niño o niña, en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, la pena de prisión se aplicará a los directores o gerentes de la sociedad, administradores, síndicos o miembros de la comisión fiscalizadora que hubieren consentido de cualquier modo que el niño o niña trabajare en provecho de aquélla.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador de la víctima que incurriere en la conducta descrita, cuando mediaren circunstancias de una economía familiar de subsistencia.

La pena de prisión será de 3 (tres) a 6 (seis) años cuando:

1. Las víctimas fueran 3 (tres) o más.
2. El hecho fuere cometido con el concurso de 3 (tres) o más personas en forma organizada.
3. El hecho fuere cometido por un funcionario público; en cuyo caso sufrirá además la inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

La pena de prisión será de 4 (cuatro) a 8 (ocho) años cuando la utilización de la prestación laboral del niño o niña se efectúe en actividades riesgosas, inseguras o peligrosas, conforme la calificación que sobre las mismas determinen las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (...)"⁽¹⁸⁾.

Se ha destacado en el debate llevado a cabo en la Comisión de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Cámara de Diputados de la Nación que si bien los primeros tres incisos podrían quedar cubiertos por figuras ya previstas en el Código Penal, la explotación de niños en trabajos insalubres o inseguros, cuando no configura un delito por la afectación a la integridad personal del joven, resulta atípica, esto es lo que justifica la inclusión de un tipo penal que expresamente incluya estas formas de explotación infantil.

Este proyecto ha merecido como observación de valor que la no punibilidad del padre, madre, tutor o guardador de la víctima que incurriere en la conducta descrita en el tipo penal proyectado ciñéndolo a los casos en que medien "circunstancias de una economía familiar de subsistencia", deja fuera del tipo penal numerosísimas situaciones de hecho, por lo que se ha propiciado la supresión de los términos "de subsistencia" del tipo propuesto.

El análisis de la norma propuesta permite ver la utilización de términos claros, precisos e inequívocos que facilita la determinación del tipo penal. Parece apropiada la utilización de la técnica de la norma penal en blanco para tipificar esta clase de delito si se tiene en cuenta que se intenta sancionar la infracción a la legislación laboral y los derechos que ella concede. Es que siendo la legislación laboral el motor que la impulsa el ansia de justicia social que cada día debe ser más acusado y de horizontes reivindicativos más extensos, no puede someterse a moldes inflexibles y trazados en un momento dado. Las concesiones de derechos en el mundo laboral se van ampliando cada día por ello la técnica de la norma penal en blanco

(18) Ver tratamiento en la Comisión de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia <http://www.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-128/128-2929.pdf>.

permite seguir este avance sin tener que cambiar la legislación penal que es la mutación más lenta ⁽¹⁹⁾.

Pero se advierte que puede genera problemas concursales con otros tipos penales ya sea por el concurso aparente de normas o ideal o aparente de delitos, dado que la conducta de las personas descritas por la norma puede quedar atrapada en acciones claramente subsumibles en otros tipos regulados en el Código Penal (estafa, defraudaciones, trata de personas, abuso de firma en blanco, desbaratamiento de derechos, etc) y ello podría malograr la utilización eficiente de esta figura penal.

5 | El punto de partida para la tipificación de los llamados delitos sociales

Consideramos que la iniciativa legislativa tratada pone en debate la necesidad de trabajar en mayor profundidad en la protección penal de los derechos laborales dando lugar a la posible regulación de los llamados delitos sociales.

Se observa con frecuencia que la conducta de los empleadores queda atrapada en la acción penal, que en las infracciones laborales se encuentra una clara conducta de carácter delictivo y no obstante ello los autores de tales comportamientos sólo son sancionados en sede administrativa y eventualmente condenados en los pleitos que se sustancien en el fuero laboral. La falta de abordaje de esa dimensión penal genera en la práctica una injusta impunidad.

A modo meramente ejemplificativo podría mencionarse los supuestos de ausencia o deficiente registración, omisión del ingreso de los aportes a la seguridad social, firma en blanco de recibos, cese de actividad o cierre de establecimientos simulados para desentenderse del pago de las indemnizaciones; tráfico de mano de obra participando de migraciones clandestinas con el objeto concretar contrataciones fuera del sistema y

(19) SAINZ CANTERO, JOSÉ A. "Los delitos laborales (...)", 1976, y "En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo" Murcia 1972.

sin protección; la utilización del “patrón impuesto” u “hombre de paja” insolvente que desbarataba los derechos laborales concedidos por la legislación, entre otros⁽²⁰⁾.

Ante supuestos como los indicados se observa que la legislación laboral contiene disposiciones que prevén sanciones administrativas y sin necesidad de previsión expresa muchas de las conductas descriptas son subsumibles en tipicidades insertas en el Código Penal (vg. arts. 126, 145 y 145 bis, 172, 173, inc. 4) y 11) del Código Penal, entre otros) pero su escaso uso ha permitido que se termine considerando como una simple infracción administrativa conductas claramente antisociales y dignas de la más profunda repulsa. Ello determina que frente a la previsión contenida en el art. 14 bis de la CN debamos concluir que la protección que el ordenamiento jurídico argentino dispensa al trabajador no resulta ser suficiente porque las sanciones del ordenamiento administrativo, laboral e incluso penal no bastan para hacer respetar los derechos que las leyes reconocen a los trabajadores.

Así figuras como la estafa y defraudación contenidas en el art. 172 del CP, por ejemplo, no resultan suficientes para contemplar este tipo de conductas, porque con los delitos sociales lo que se intenta proteger no es el perjuicio económico sino el sentido del perjuicio pecuniario que la actividad más o menos fraudulenta del empresario produzca al trabajador. Afecta más a la dignidad del trabajador y a la línea mantenida por el espíritu social del régimen legal que es la buena fe laboral y la seguridad de las condiciones de trabajo pactadas en la forma que establece la legislación. En definitiva, no se trata de delitos contra la propiedad aunque puedan producir un perjuicio económico.

(20) La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en una sentencia dictada el 24-07-73 condenó penalmente al empleador con fundamento en el art. Art 499 bis del Código Penal que sanciona los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Para así decidir tuvo en cuenta que conociendo las obligaciones legales inherentes a su condición de empleador, de forma voluntaria y con la específica intención de faltar a tales deberes no dio cumplimiento al pago de los aportes al sistema de seguridad social. Consideró que el comportamiento del procesado estuvo dirigido a colocar a los obreros fuera de la esfera protectora de la seguridad social, propósito que aparecía claro cuando se consideraba que ni siquiera disponía el acusado del libro de sueldos dejando al trabajo de los dependientes en la más absoluta clandestinidad. Este hecho dificultaba también la actividad administrativa fiscalizadora del cumplimiento de las obligaciones empresariales para con la seguridad social. Citado por GOMEZ ARANDA, *Protección penal de los derechos laborales: el llamado delito social*, p. 113 y ss.

Debe tenerse presente que ley penal tiene como primordial función la protección de los valores que son fundamentales para el individuo o la sociedad y que esa tutela la realiza castigando con pena criminal las conductas que atenten contra esos valores fundamentales. Entonces la intervención del Derecho Penal se justifica cuando no queda otro recurso para proteger estos valores que son fundamentales.

A través de esta propuesta no se busca castigar todas las infracciones laborales sino sólo las socialmente intolerables, los ataques de una especial intensidad, dejando las otras a la sanción de la inspecciones del trabajo en el ámbito administrativo y justicia laboral. Se trata de conseguir que la norma penal cumpla su función primaria de carácter ético-social: la tipificación y castigo de esas conductas debe formar en los ciudadanos un sentir jurídico de cumplir con las obligaciones que las leyes laborales les imponen como empresarios⁽²¹⁾.

La tutela penal no puede ni debe dispensarse frente a cualquier clase de ataque sino sólo frente a los ataques de más intensidad, los otros, los más inocuos, deben prevenirse y reprimirse en la vertiente administrativa. El límite o frontera entre lo que es ilícito penal y lo que constituye ilícito administrativo debe hacerse en el tipo penal claramente, sin dejar lugar a la confusión, con términos claros, precisos e inequívocos como el proyecto de ley propuesto en materia de trabajo infantil.

Este puede constituir otro tema de agenda en la concreción de la tutela efectiva de los derechos laborales.

(21) GOMEZ ARANDA, LUIS *Protección penal de los derechos laborales: El llamado delito social* Madrid, 1975, MORENE MANGLANO, CARLOS "El delito social", *Revista de Política Social*, España, Octubre-Diciembre 1973.

Las pasantías: uno de los ropajes bajo los cuales se puede ocultar una relación laboral

por **RICARDO FRANCISCO SECO**⁽¹⁾

I | Introducción. Ubicación histórica del tema

La década de los 90' estuvo plagada de neoliberalismo. Esa ideología se coló en todos los órdenes de la vida y, por cierto en el Derecho del Trabajo, con su ideal de flexibilización entendida en este caso como relajamiento y reducción de los derechos de los trabajadores en aras de la promesa neoliberal de mayor empleo⁽²⁾, o sea *flexibilidad de desprotección*.

Se encarnó en una serie de normas destinadas a reducir los costos laborales de las empresas, como sea, las que se dieron en esa década hasta el colapso de 2001.

.....

(1) Abogado y notario (UCC), doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), profesor de DTySS e investigador(UCC), director por la UCC de la carrera Especialización en Derecho Laboral , convenio UNL-UNC y UCC, Vocal de la Cám.Civ.,Com. y del Trabajo, Cruz del Eje, Provincia de Córdoba.

(2) SECO, RICARDO F., "Breves aproximaciones al Neoliberalismo y su influencia en el Derecho del Trabajo argentino", ponencia no oficial en IX Jornadas sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cruz del Eje, 2003, Centro Regional de Estudios Jurídicos y Sociales "Dr. Dalmacio Vélez Sársfield", Cruz del Eje, Alveroni, Córdoba, 2003, p.179.

Vázquez Vialard por aquel entonces señalaba “la existencia de nuevas formas contractuales cuyo objeto acumula una prestación de carácter laboral y otra pedagógica que recepta el trabajador (pasantías, ‘residencias médicas’, aprendizaje, práctica laboral, trabajo formación, etc.)”. Postulaba que no quedaran reguladas “como si sólo respondieran a una sola modalidad contractual.” Decía que esa realidad requería “que la normativa admita esa situación distinta de la que se da en otros casos en que el objeto es exclusivamente de carácter laboral”⁽³⁾.

Empero *la flexibilidad de adaptación* (sumamente plausible) mutó en el caso en *flexibilidad de desprotección*.

La precariedad laboral que se vivió en esa época reconoce “dos vertientes: una, propia del modelo económico, el altísimo desempleo; y otra, propia de la regulación (o más propiamente “desregulación”), la temporalización del empleo —ley 24.013, período de prueba, reducción de indemnizaciones por despido— y la deslaboralización del contrato de trabajo-pasantías, adelgazamiento de la noción de subordinación, etcétera. La externalización de la actividad económica resulta una muy clara estrategia del capital destinada a la fragmentación o segmentación de los colectivos laborales, con imposición de condiciones peyorativas a crecientes grupos de trabajadores que se desgajan de la empresa que los emplea aunque no los contrata directamente”⁽⁴⁾.

El proceso de deslaboralización llegó, entre otros ejemplos, con las pasantías. Pero “sobre este tipo de figura legal atípica que es la ‘pasantía’, pesa la ominosa carga de haber nacido en una época —década finisecular— signada por la intención desprotectora (vía flexibilización laboral y desregulación, fundamentalmente legislativa, aunque también doctrinaria y jurisprudencial) de la normativa nacida bajo la égida de una ideología dominante en la que primó los valores materiales por sobre la dignificación del ser humano que trabaja (mancillando el principio ético que reza que el trabajo no es una mercancía arg. art. 4° LCT), con lo cual se torna

(3) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El concepto de dependencia laboral frente a nuevas prácticas contractuales. ¿Debe desaparecer o transformarse?*, RLSS, Año I, N° 11, enero 1996, p.1181.

(4) MEIK, MOISÉS- GIANIBELLI, GUILLERMO, UCLAM, “Aspectos que exigen tratamiento hacia un sistema de relaciones del trabajo tutelar y democrático”, en *Red Catorce Bis*, Barrera Nicholson (coordinador).

más imperativo aún verificar que efectivamente no se tergiverse el sentido y espíritu de la misma”⁽⁵⁾.

En ese marco aparecieron las pasantías educativas junto con los llamados “contratos basura”, lo que implica flexibilidad de contratación. Junto a ellas hubo normas de flexibilidad en materia salarial, en los costos de la seguridad social, en la gestión de la crisis, en el tiempo de trabajo, etcétera⁽⁶⁾.

El legislador de los '90 pretendió establecer la posibilidad de que los empleadores contraten pasantes para permitir “el reemplazo de trabajadores (con todos los derechos —costos— laborales a cuesta), por mano de obra barata, *supuestos estudiantes* que terminaban realizando la misma actividad productiva que antes realizaban *auténticos empleados*”⁽⁷⁾.

Cada una de sus reglamentaciones reflejó sin dudas esa pretensión.

La relación de esa actividad práctica con la curricula no fue atendida. Se ha considerado “que bajo la apariencia de una extensión o complemento del sistema educativo, a través de los regímenes de pasantías se contrabandó un auténtico contrato basura al cual fueron sometidos miles de jóvenes en busca de su primer empleo en una suerte de retorno al sistema medieval del “aprendizaje” equiparable también a la exigencia de hacer “méritos” gratuitos para acceder a un empleo en el Poder Judicial”⁽⁸⁾.

Se agregó de ese modo el contrato de pasantía al elenco de los clásicos “contratos basura” de los 90’.

El paradigma laboral introducido en esa época —seriamente afectado luego por la contrarreforma laboral de 2004 y leyes sucesivas como también por la primavera jurisprudencial inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2004— fue: “máxima jornada de trabajo con míni-

.....

(5) Cámara del Trabajo, San Francisco, 28/6/2005, “Bertello, María Eugenia c/ Banco de la Provincia de Córdoba – Diferencia de haberes y otros”, voto del vocal Cristián Requena, no publicada.

(6) SECO, *Breves aproximaciones al Neoliberalismo y su influencia en el Derecho del Trabajo argentino*, cit.

(7) RECALDE, HÉCTOR Y RECALDE, MARIANO, “Nueva ley de pasantías educativas, más herramientas contra el fraude”, *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Boletín de enero de 2009 on line, Debates de actualidad.

(8) RECALDE, H. Y RECALDE, M., ob.cit.

mo salario, empleo precario e inestable, disminución del salario no sólo en términos reales sino también nominales; despojo de condiciones conquistadas históricamente como la jubilación y la indemnización por despido; la precarización del principio de estabilidad a través de contratos temporarios, período de prueba, *pasantías*, becas, contratos eventuales, y otras forma de fraude, la negación del principio de irrenunciabilidad a través de las renunciaciones presionadas, las bajas salariales consolidadas por el transcurso del tiempo, la discriminación salarial convalidada por la jurisprudencia al permitir al empleador incrementar haberes en forma diferenciada mientras respete los básicos de convenio, la desprotección del crédito salarial en la reforma de la ley 24.522 de concursos y quiebras, la jurisprudencia permisiva en la fragmentación de la actividad a través de una tercerización insolvente, la desprotección de la salud e integridad psicofísica del trabajador mediante un régimen de riesgos acomodado a las conveniencias del capital; y el crecimiento de una masa de población que va hundiéndose en la pobreza, consolidándose en la miseria”⁽⁹⁾.

Asistimos en esa época a una “proliferación de normas que regulaban distintas formas de *pasantías*, con distintos sujetos, requisitos y condiciones, en lo que ha sido un afanoso esfuerzo por incluir a todo tipo de trabajadores en este nuevo régimen flexible y barato. Así, se han mezclado *pasantías* con diverso grado de flexibilidad, adaptables a las necesidades de cada empresa e incluso se ha reglamentado una *pasantía* en la que ni siquiera interviene una institución educativa (ley 25.013). Según la norma que se trate, podrían ser pasantes tanto estudiantes universitarios, como de cualquier otro nivel, incluso graduados y hasta trabajadores que ni siquiera fueran estudiantes (a través del contrato de aprendizaje)”⁽¹⁰⁾.

Ocurrió una “superposición no sólo temática sino también temporal. Luego del decreto 340/92 se dictó la ley 25.013 (B.O. 3/10/1998) que dejaba sujeta a la reglamentación la implementación del nuevo sistema de *pasantías* allí mencionado; pero antes de que se reglamentara esta ley, en octubre de 1999, el Congreso Nacional dictó otra ley (25.165) que creó un tercer régimen de contratación también denominado “*pasantía*”. Como si

(9) DEPETRIS, EDUARDO A., “Aplicación de las normas constitucionales al Derecho de los Trabajadores. Los Derechos Humanos en la nueva doctrina de la CSJN”, Revista Digital EFT, 2008.

(10) RECALDE, H. Y RECALDE M., ob.cit.

ello no fuera suficiente, el 5 de octubre de 2001 se publica en el Boletín Oficial el decreto 1227/01 que reglamentó la pasantía prevista en la ley 25.013⁽¹¹⁾.

Fue una característica epocal “la falta de apego a la Constitución Nacional. Más allá de los cuestionamientos sustanciales que podrían hacerse a estas normas a la luz de los principios protectorio (art. 14 bis) y de progresividad de los derechos sociales (art. 75 inc. 19 y pactos internacionales concordantes)”⁽¹²⁾.

Empero, como se anticipó, en medio de la flexibilidad neoliberal hubo contraataques protectores insertos en la Constitución Nacional con la reforma de 1994, entre otros la ratificación del art.14 bis sancionado en 1957, la incorporación de la justicia social de modo expreso al texto constitucional y de los tratados sobre derechos humanos con el mismo nivel constitucional, art. 75 inc.19 y 22, CN, entre otros.

En esa búsqueda flexibilizadora, “luego de sancionada la ley 25.165, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 487/00 que, en lo principal, estaba referido a temas vinculados con su título: “Presupuesto”. En esta norma se incluyó, encubierto entre modificaciones a la ley de presupuesto de la Administración Nacional (ley 25.237), un artículo que sustituye a otro de la ley de pasantías educativas. “En uso de atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3), de la Constitución Nacional”, el Poder Ejecutivo” modificó el plazo de duración de las pasantías extendiéndolo hasta “un máximo de cuatro años”, y aumentó la jornada que era de cuatro horas “hasta seis horas de labor”.

Esta norma contradijo “la voluntad del Congreso Nacional de limitar los abusos que había generado el sistema (recuérdese que la ley 25.165 modificó al decreto 340/92, que establecía una duración similar a la que se pretendió restablecer) y, sobre todo, volvió a dejar en evidencia los verdaderos objetivos que persigue el sistema de pasantías, “dirigido, más que a fortalecer la formación profesional de los estudiantes, a facilitar la utilización de las pasantías con otros fines, principalmente, el de disminuir los costos que genera la contratación de empleados en relación de dependencia”⁽¹³⁾.

(11) Ídem nota anterior.

(12) Ibídem.

(13) Ibídem.

En efecto, “la reinstalación del plazo previsto en el decreto 340/92, a sólo meses de su consensuada derogación, no sólo significó la ampliación del tiempo de estas pretendidas “prácticas” estudiantiles, sino que, más bien, evidenció la intención de admitir una nueva modalidad de incorporación de mano de obra en las empresas que poco tenía que ver con la “extensión del sistema educativo” para la que, supuestamente, fueron previstas las pasantías”⁽¹⁴⁾.

2 | Los fraudes cometidos al amparo de aquellas normas

Seguendo al Diccionario de la Lengua, *pasante* es “el que asiste al maestro de una facultad en ejercicio de ella, para imponerse de su práctica”. Esto implica que “el régimen de pasantías constituye un modo de complementación de la formación profesional de importancia para los beneficiarios”⁽¹⁵⁾.

La pasantía ha sido definida “como aquella actividad práctica o de prácticas que se llevan a cabo en un establecimiento o centro de trabajo durante un plazo razonable determinado de antemano con una finalidad estrictamente formativa. Obviamente, no configura —no podría configurarlo— un contrato de trabajo regulado por las leyes de la materia”⁽¹⁶⁾.

Mas esta última afirmación “*está sujeta a que se cumplan los recaudos exigidos por las normas que las instituyeron, dado que, en caso contrario, no cabe otra alternativa que considerar que nos encontramos ante una verdadera relación laboral en los términos de los artículos 21, 22, 23 y concordantes de la LCT*” Así lo entendió la doctrina y lo resolvió la jurisprudencia, con diversos argumentos y aún en ausencia de una disposición expresa en la legislación que regulaba estas vinculaciones tan particulares⁽¹⁷⁾.

(14) *Ibidem*.

(15) RUBIO, VALENTÍN, “Régimen de pasantías”, en *Revista de Derecho Laboral* 2005-2, *Contratación laboral*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 423.

(16) SCOTTI, HÉCTOR J., “Apuntes acerca de la recientemente sancionada ley 26.427 que va a regir las ‘pasantías educativas’ ”, *Revista de Derecho Laboral, Actualidad, Notas a Legislación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, Boletín de información mensual enero de 2009.

(17) SCOTTI, *ob.cit*.

La prestación de servicios del pasante se confunde con la de un trabajador dependiente. El pasante "se inserta en una organización ajena, se somete a las directivas del empleador, puede o no recibir una retribución, que sólo entiende aplicable al reintegro de gastos emergente de la actividad llamada 'asignación estímulo'". Mas la "diferencia es sólo legal, dado que si el empleador se ajusta a las especificaciones legales, confeccionando los convenios marco, convenios individuales, planes de capacitación, cobertura de riesgos del trabajo, pago de asignación estímulo y horario reducido, técnicamente parecen trabajadores pero son pasantes"⁽¹⁸⁾.

Compartimos con Arias Gibert⁽¹⁹⁾, que "el fraude laboral no es más que una especie del concepto general de fraude a la ley (...) la noción de fraude a la ley se encuentra contenida en el precepto del art. 18 del Código Civil aún vigente.

"Para que exista fraude a la ley es necesaria la existencia de una norma de cobertura que brinde amparo a la conducta contraria a otra norma de carácter imperativo. Cuando no exista esta otra norma de cobertura podrá existir una simulación ilícita, pero no un fraude a la ley. Es que el acto realizado en fraude a la ley es formalmente legal. Como ejemplo podemos citar lo mencionado por el art. 14 de la LCT cuando da el caso de la interposición fraudulenta de persona (individual o colectiva) y, como dice López, esta interposición tiene como objeto la evasión de todo el derecho individual del trabajo, por lo que se permite a un sujeto evadir las normas laborales imperativas. En el fraude a la ley como en la simulación ilícita no se requiere elemento subjetivo, basta la mera comprobación del desplazamiento objetivo de las normas laborales imperativas, aunque se hubiera actuado con ignorancia o error de derecho"⁽²⁰⁾.

(18) SALTER, PABLO, "Sujetos del contrato de trabajo", *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN (Dir.), TOSCA (Coord.), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, Tomo II, p.115, con cita de PEPE, Carlos, *El régimen de pasantías, una nueva forma de flexibilización*, DT-1999,-B, p. 2266.

(19) Juzgado del Trabajo N° 46, CABA, a cargo del Dr. Enrique Arias Gibert, 18/07/02, "Acosta Daniel Isaac c/Heckett Multiserv S.A. y otro —Dif. de Salarios", citado por QUIROGA CONTRERAS, JUAN F.— MORENO, SANTIAGO H., *Fraude laboral*, ponencia no oficial en Primeras Jornadas de Derecho Laboral del Centro de la República, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Filial Córdoba, Córdoba, 11 y 12 de octubre de 2002, "Fraude laboral.

(20) CONTRERAS-MORENO, ob.cit.

El fraude “en el ámbito laboral se manifiesta de diversas formas, en general, basado en el abuso de figuras jurídicas, algunas veces, relacionadas con el derecho del trabajo directamente y otras relacionadas indirectamente, se encontrarían dentro de las primeras las becas, *pasantías*, programas de empleo subsidiados por el Estado como son el Plan Primer Paso y Volver al Trabajo, los contratos de aprendizaje, el empleo temporario y en algunos casos los retiros voluntarios, que no tiene mucho de voluntario y sí de despido encubierto”⁽²¹⁾.

Toselli considera que puede darse “un típico caso de fraude laboral, ya que tanto los becarios como los *pasantes* realizan tareas propias de una organización laboral ajena a la que son incorporados, pero carecen de los beneficios del contrato de trabajo, basado fundamentalmente en la promesa a futuro de “contratación formal” una vez concluida la experiencia “formativa-probativa” y que en definitiva resulta ser un mecanismo barato y sin riesgo de contratación de trabajadores en muchos casos sumamente calificados”.

Añade que becarios y pasantes universitarios “sobrepasan, en muchas ocasiones los estándares comunes del perfil exigido a los trabajadores estables de la empresa y constituyen además una fuente de alta discordia, por esta especie de “competencia desleal” entre el becario y el pasante que quieren ingresar a la organización empresaria y el trabajador permanente que ve peligrar su fuente de trabajo y que de esa manera, es sometido al “chantaje” de tener que aceptar nuevas condiciones peyorativas de su contrato laboral, especialmente en países donde no existe la estabilidad absoluta.”

Formula el profesor cordobés un comentario crítico a todas estas *pasantías* —que se comparte— diciendo que hubo “indebida utilización de las mismas, que en definitiva implicó contar con personal calificado, sin que estuviese vinculado por una relación de dependencia, soportando costos económicos mínimos (asignación estímulo para transporte, cobertura de salud y de riesgos del trabajo) y que en la mayoría de los casos no tuvo realmente en miras el objetivo de formación y capacitación que estaba determinado en las leyes y decretos que autorizaron el funcionamiento de esta modalidad”⁽²²⁾.

(21) Ídem nota anterior.

(22) TOSELLI, CARLOS A., “Los fraudes en las relaciones laborales”, ponencia en *Primeras Jornadas de Derecho Laboral del Centro de la República*, Asociación Argentina de Derecho

Se ha señalado "el uso lamentablemente desviado de esta figura, encubriéndose bajo la apariencia de una "pasantía", un verdadero contrato de trabajo. Es que un régimen de pasantías debe, ineludiblemente, encontrarse dirigido a la educación "práctica" completando así las enseñanzas teóricas que puede adquirir el educando, objetivo que en los hechos muchas veces se encontraba desvirtuado al excederse los plazos legales, o al ocupar al pasante en un cometido ajeno a todo atisbo de aprendizaje o de práctica. Por ello resulta determinante, para descartar la existencia de fraude, el cumplimiento de cada una de las disposiciones y condiciones pedagógicas que hacen a la formación del pasante y que están dirigidas al cumplimiento de los objetivos del sistema. Ello es así por cuanto si aún cuando estemos frente a una típica vinculación de "pasantía" resulta muchas veces dificultoso fijar un límite entre ese instituto y el contrato de trabajo, dadas sus numerosas notas comunes (subordinación, prestación de trabajo, cierta contraprestación económica, poder de dirección del principal), menos aún podría permitirse la aplicación de ese régimen excepcional cuando no se cumplen con los extremos exigidos por el propio legislador o se encomiendan tareas que no reportan enseñanza alguna para el pretendido "pasante" ⁽²³⁾.

Las pasantías, en diversas modalidades y alcances, se encontraban previstas en al menos veinte convenios colectivos vigentes o ultraactivos, algunos de cercana homologación ⁽²⁴⁾.

.....
del Trabajo y de la Seguridad Social, Filial Córdoba , Córdoba, 11y 12 de octubre de 2002, "Fraude laboral".

(23) SCOTTI, ob.cit.

(24) Ver <http://www.laleyonline.com.ar>, consultada el 26/12/2006, en DT on line. Ver gastronómicos, CCT 401/2005, vigencia inicial: 21/01/2005, fecha de vencimiento: 21/01/2007, parte sindical: Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA); parte empresarial: Cámara Argentina de Servicios de Comedores y Refrigerios (C.A.C.y.R.), fecha de homologación: 21/01/2005, que refiere : "9. -Modalidades de colaboración no laboral: Las empresas podrán organizar programas de pasantías, con el objeto de contribuir a la formación práctica de estudiantes de carreras afines a la actividad, y al mismo tiempo posibilitar una alternativa de selección y búsqueda para los casos en que requiriera de la contratación de nuevo personal bajo alguna de las diferentes modalidades reguladas a través del presente. Estos programas deberán en su caso estar organizados en base a las pautas, condiciones, requisitos y derechos de los participantes establecidos en las Leyes 25.013 y 25.165 y sus normas reglamentarias, o en los regímenes provinciales o municipales vigentes. Los participantes de programas de pasantías o de becas de formación (artículo 7º, ley 24.241 y Decreto 491/97) no adquirirán en consecuencia la condición de empleado

Aunque con algunos avatares, la mayoría de los pronunciamientos judiciales anteriores a la nueva ley fueron descartando la aplicación de la figura ante supuestos de fraude laboral⁽²⁵⁾.

Por ejemplo ello sucede cuando se ocupó a la contratada como “pasante” en tareas propias de su giro empresarial, ya que atendía los reclamos del “112”, actividad que no requiere capacitación especial y que ninguna ventaja comportaba a quien se encontraba en la carrera de psicología (CNAT, Sala X, 24/11/04, “Bessio, Julia c/ Telecom Argentina Stet France Telecom SA s/ despido”); o cuando hubo carencia de fiscalización de una entidad educativa (CNAT, Sala IV, 6/10/00, “Wasserman, Alejandro c/ Prada Fernández, Manuel s/ despido”); o por carencia de celebración de un convenio de acuerdo a las previsiones de la ley 25.165 y su registro (arts. 5 y 6) (CNAT, Sala V, 30/3/07, “Novoa, Raúl c/ La Mercantil Andina SA y otro s/ despido”); o cuando se entendió que constituye un presupuesto ineludible para la consideración de un contrato de pasantía brindar experiencia práctica complementaria de la formación teórica elegida y que en la medida en que la prestación de tareas difiera de tal objeto no puede hablarse de pasantía sino de contrato de trabajo (CNAT, Sala X, 6/10/06, “Moreno, Nélida c/ Tren de la Costa SA s/ despido”); o cuando se da carencia de acreditación de la suscripción de un convenio con la entidad educacional a la cual pertenecía el actor y que dicha entidad controlaba y fiscalizaba el cumplimiento de los objetivos de la pasantía para adquirir conocimientos dentro del área propia de la formación e instrucción que venía recibiendo el pasante (CNAT, Sala VII, 23/8/06, “Iramaz, Virgilio c/ Sistemas Electrónicos de Registración SA s/ despido”); o se acreditó exceso en la duración y en el horario (CNAT, Sala IX, 27/4/04, “Roggero, Jorge c/ Bansud SA s/ despido”); aunque se hubiera demostrado que el actor tenía una flexibilidad horaria y una carga menor a la de otros empleados de la demandada y que el mismo había recibido una capacitación a su ingreso, no puede concluirse que haya existido contrato de pasantía si las tareas desarrolladas por el mismo no estaban dirigidas a su formación educacional e instructiva (en el caso se trataba de un estudiante de informática que realizaba tareas de repositor en un supermerca-

.....
en relación de dependencia. En todos los casos, deberá observarse como tope máximo el previsto en el decreto reglamentario de la Pasantía establecida por Ley 25.013.”

(25) Ver los fallos citados de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en Boletín Temático de Jurisprudencia *Contratos formativos Contrato de aprendizaje. Régimen de pasantes y becarios*, Oficina de Jurisprudencia, setiembre 2007.

do) (CNAT, Sala VII, 26/5/06, "Méndez, Héctor c/ Formatos Eficientes SA s/ despido"); si todos los requisitos que diferencian al sistema de pasantías no están configurados o se encuentran sólo enunciados, mas no respetados, se difumina o desaparece el límite que lo separa de un contrato de trabajo, con la gravedad que ello implica, toda vez que, bajo el velo de su legalidad, se ocultaría una contratación precaria y gratuita, sin contraprestación dineraria ni educativa (CNAT, Sala II, 22/6/05, "Ciechanowski, Gladys c/ Arcos Dorados SA s/ despido"); no se configura la pasantía cuando el desarrollo del vínculo no se ha ajustado a la manda expresa de la ley y decretos que le precedieron. Así, se ha superado el plazo máximo de duración de este tipo de relación, 4 años (suman casi 8) y la jornada se ha extendido de sus límites estrictos (6 horas diarias). También está ausente la finalidad formativa, pues no hay constancia de la existencia de un contrato marco de pasantía que describa los objetivos educativos perseguidos (art. 6) o informes individuales que describan los éxitos o fracasos de la actividad desplegada (art. 20). Del dictamen del Fiscal General al que adhiere la Sala, (CNAT, Sala I, 31/8/05, "La Morgia, Luciana c/ Universidad de Bs. As. s/ despido"); no se configura la pasantía cuando el pasante facturaba servicios. Si, en el caso, la relación se desarrolló como función de colaboración permanente, con vínculo continuado, con cumplimiento de horarios y órdenes, independientemente de la denominación que le hayan dado las partes, existió un contrato de trabajo (CNAT, Sala I, 29/11/02, "Almirón, Carlos c/ Universidad de Buenos Aires y otro s/ despido"); no hay pasantía si no se configura el objetivo de formación y se da la prestación de tareas comunes de la empresa bajo condiciones de contratación que los ponen en un pie de igualdad con los trabajadores dependientes sin que se respete su objetivo de formación y sin un adecuado seguimiento de la entidad educativa que ha mediado en la contratación, todo pasa a ser una ficción legal a través de la cual la empresa obtiene un beneficio injustificado, burlando un instituto que ha pretendido ser tuitivo y útil, porque se lo convierte en un instrumento más que conduce, en definitiva y fraudulentamente, a la más pronunciada precarización del empleo, teniendo en cuenta, especialmente, la gratuidad que implica (CNAT, Sala II, 22/6/05, "Ciechanowski, Gladys c/ Arcos Dorados SA s/ despido"); no se configura la pasantía cuando los servicios prestados por el actor (reposición de mercadería, atención al cliente, limpieza, etc.) no se hayan diferenciado en lo esencial de los prestados por los dependientes de la demandada dedicados a tales funciones. Por otra parte, aún cuando inicialmente pudiese considerarse que el contrato fue de pasantía la finalidad de éste se desvirtuó en forma prácticamente inmediata al haber adquirido

el actor los conocimientos necesarios para el cumplimiento de tales funciones (CNAT, Sala III, 14/3/06 “De Cicco, Facundo c/ Formatos Eficientes SA s/ despido”); no se configura la pasantía cuando a una estudiante de derecho se le asigna tareas análogas con la actividad desplegada por cualquier operario del sector de marketing (CNAT, Sala VII, 24/10/03 “Pellegrino, María c/ Publicom SA y otro s/ despido”).

En el centro del país, por ejemplo, se ha considerado que se configura fraude cuando un estudiante de la carrera de Contador Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC para una pasantía que tenía como objetivo realizar tareas administrativas y contables, desde su ingreso y hasta julio de 2003, se lo asignó a prestar tareas como *cajero* y cobranzas de los alumnos, actividad que no evidencia conducencia o idoneidad para la práctica educativa en tareas administrativas contables (objetivo de la pasantía), actividades que realizó hasta diecinueve meses después de finalizada la pasantía (Cámara Única del Trabajo de Córdoba, Sala IX, 1/11/2005, “Pizarro Álvaro c/ Asociación de Investigaciones Tecnológicas —Ordinario— Despido”, Sala Unipersonal: vocal Tosto)⁽²⁶⁾.

3 | Las nuevas normas sobre pasantías. Técnicas antifraude

- a. La Ley de Pasantías Educativas 26.427 (B. O., 22/12/2008)⁽²⁷⁾, reglamentada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social juntamente con el Ministerio de Educación de la Nación mediante la Resolución Conjunta 825 y 338/2009 (B.O. 27/10/2009) que abarca al Sistema de Pasantías Educativas en el marco del sistema educativo nacional para los estudiantes de la Educación Superior (Capítulo V, Ley 26.206) y la Educación Permanente de Jóvenes y Adultos (Capítulo IX, Ley 26.206) y de la Formación Profesional (Capítulo III, Ley 26.058).

(26) Ver *Actualidad Jurídica de Córdoba - Derecho Laboral*, Vol.64,p.4907. Ver también los abundantes casos jurisprudenciales que menciona DOWHALUK, CHRISTIAN S., *Las pasantías y el fraude laboral, Doctrina, jurisprudencia. Modelos*, GARCÍA ALONSO, Buenos Aires, 2008, p.180 y ss.

(27) Ver su comentario en SECO, RICARDO F., “Nueva ley de pasantías educativas: más pros que contras”, *RDL-Actualidad*, 2009-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 361.

- b. El decreto 1374/2011 (B.O., 19/9/2011) que aprobó el Régimen General de Pasantías que regirá en todo el ámbito del Nivel de Educación Secundaria del Sistema Educativo Nacional.

Nos ceñiremos sólo a comentar algunos temas del fraude laboral referido a ellas.

3.1 | Naturaleza jurídica de las pasantías educativas. Inexistencia de relación laboral

El art. 12 de la ley 26.427 prevé: *"Las pasantías educativas no originan ningún tipo de relación laboral entre el pasante y la empresa u organización en la que éstas se desarrollan"*. Esta figura no podrá ser utilizada para cubrir vacantes o creación de empleo nuevo ni para reemplazar al personal de las empresas y organismos públicos o privados.

Si luego de la pasantía educativa se contrata a la persona por tiempo indeterminado, no se puede hacer uso del período de prueba del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

La relación no será laboral mientras que se cumpla con los recaudos de esta ley, o cuando se demuestre la inexistencia en la práctica de aquel objetivo educativo esencial. En ese caso la presunción de laboralidad atrapará a la relación.

Compartimos con Litterio *"(...) que los contratos de pasantía educativa no constituyen contratos de trabajo exclusivamente por voluntad del legislador, quien nuevamente ha optado por desconocerle carácter laboral al vínculo que se genera entre los pasantes y la empresa o el organismo en el que estos se desempeñan (...) A diferencia de lo que hacían las normas anteriores, la nueva ley no niega la presencia de algún vínculo jurídico entre las partes (vínculo que no precisa), aunque descarta la existencia de relación laboral entre el pasante y la empresa u organización en que la pasantía se cumple (...) "*⁽²⁸⁾.

(28) LITTERIO, LILIANA H., "La ley 26.427: Nuevo Marco jurídico para las pasantías educativas", *Revista de Derecho Laboral, Actualidad*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, Boletín informativo enero de 2009 on line.

Pero además se agrega la prohibición de utilizar la figura de la pasantía "(...) para cubrir vacantes, creación de empleo nuevo, o para reemplazar al personal de las empresas y organismos públicos o privados". Con ello la ley procura "*aventar los supuestos de fraude laboral* a través de la utilización de la figura de la pasantía"⁽²⁹⁾.

El artículo de la ley prevé otra correcta medida antifraude: "Si luego de la pasantía educativa se contrata a la persona por tiempo indeterminado, no se puede hacer uso del período de prueba del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo." Ello es lógico porque la razón del período de prueba ya no existe pues ambos —empleador y empleado— se conocen suficientemente.

A su vez el decreto que regula las pasantías secundarias establece una solución similar en cuanto a la calificación de la naturaleza de la relación en el art.3º del Régimen General de Pasantías de ese nivel.

3.2 | El pasante. El acuerdo individual. Su contenido mínimo

Otras normas antifraude son las que se prevén en los arts. 8º y 9º de la ley 26.427 en cuanto a los contenidos mínimos del *acuerdo individual del pasante con los firmantes del convenio*.

Los recaudos exigidos son bastantes requiriéndose, entre otros, la descripción clara del plan de pasantía de la institución, el lugar de prestación, su duración y horarios, el monto, la fecha y el lugar de pago de la asignación estímulo, como las tareas asignadas al pasante, etcétera.

El régimen de pasantías secundarias, por lo demás, prevé un modelo de acta de acuerdo marco de cooperación entre la unidad educativa y la organización oferente, cuyo contenido se especifica. Lo mismo se hace con el convenio/acta acuerdo de pasantías y el convenio/acta acuerdo individual de pasantías.

(29) Ídem nota anterior.

3.3 | Obligaciones de los organismos educativos

Registro de acuerdos. Docentes guías

Prevé el art. 10 de la ley 26.427 que cada institución u organismo educativo tiene la *obligación de registro y conservación de documentación* relativa a los convenios y acuerdos individuales, llevar un legajo de cada pasante, como también el de *asignar docentes guías* que —entendemos— en su nombre supervisarán el cumplimiento de los planes de pasantías, dando especial énfasis al cumplimiento de los aspectos formativos de las tareas de los pasantes.

La ley establece que “(...) el desempeño de la función de docente guía será incompatible con cualquier cargo rentado en la empresa u organización donde se desarrolle la pasantía”, clara norma antifraude.

Por su parte, entre los arts.19 y 20 del régimen general de pasantías para el nivel secundario se encuentran detalladas las obligaciones de las entidades educativas, entre ellas la de designar un tutor para el control de los objetivos pedagógicos de las pasantías.

3.4 | Asignación estímulo y otros beneficios

El art. 15 de la ley 26.427 se refiere a este aspecto sumamente importante. Repite lo que estaba en normas anteriores, que los pasantes reciben una suma de dinero en carácter no remunerativo en calidad de *asignación estímulo*.

Ella carece del carácter remuneratorio que sí tienen las retribuciones definidas en el art.103, LCT, y arts.6 y 7 de la ley 24.241, precisamente porque la relación de pasantía por disposición legal no tiene carácter laboral.

La mencionada *asignación estímulo* “tiene carácter imperativo, tanto en cuanto a la obligatoriedad de abonarla como en su cuantía.”⁽³⁰⁾

La novedad legal es que aquélla “(...) se calculará sobre el salario básico del convenio colectivo aplicable a la empresa, y que será proporcional a la

(30) SCOTTI, ob. cit.

carga horaria de la pasantía.” Mas en caso de haber más de un convenio aplicable, se tomará en cuenta el más favorable para el pasante. Finalmente “para el caso de actividades que no cuenten con convenio colectivo, se aplicará para el cálculo de la asignación estímulo, el salario mínimo, vital y móvil, en forma proporcional a la carga horaria de la pasantía.”

Ha sido criticada esta innovación a la que se califica de “inadecuada, distorsiva y contradictoria con los objetivos de la propia ley y normativa vigente. Dado que la pasantía educativa es una actividad formativa, que no tiene naturaleza laboral, no debería considerarse para su fijación el salario convencional el cual se establece para un trabajador por su categoría profesional y la remuneración es la contraprestación que percibe un trabajador como consecuencia del contrato (...)”⁽³¹⁾.

Quizás resulta incongruente la solución legal, pues si la pasantía educativa es una actividad formativa que no tiene naturaleza laboral, no debería considerarse para su fijación el salario convencional ya que éste se fija para un trabajador por su categoría profesional y la remuneración es la contraprestación que percibe un trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Sin embargo el legislador nacional —conociendo que esta figura se ha usado muchas veces y puede seguir usándose de modo fraudulento— coloca a la asignación retributiva en un nivel de paridad con los trabajadores dependientes para desalentar tales conductas. Ha establecido un medio técnico antifraude basado en la experiencia.

También es cierto que la solución legal puede oponerse formalmente a los objetivos de la ley. Pero del mismo modo es cierto que el legislador pretende la prevención del fraude encareciendo el costo para el requirente, lo que se revela como positivo.

Surge prístino que “estas disposiciones de la ley 26.427 ponen en evidencia que la actividad del pasante le reporta a la empresa algún beneficio de contenido económico, pues de otra manera cuesta explicarse por qué el

(31) ALEJANDRO, SERGIO J., *Novedades en los sistemas de pasantías a partir de la ley 26.427*, DT-2009-A.148.

empresario se dispondría a asumir los costos que el cumplimiento de las normas mencionadas le irrogarían”⁽³²⁾.

De un modo más escueto y genérico, en el Régimen de Pasantías secundarias se prevé en el art. 16 las obligaciones de las instituciones o empresas, públicas o privadas, los entes públicos, que ingresen en el régimen, y en el inc.d) se dice: “Otorgar otros beneficios cuando sean acordados previamente en los Protocolos y Convenios Individuales de Pasantía tales como refrigerio, estímulos para traslados y viáticos, gastos educativos, entre otros.”

3.5 | La sanción de conversión

a) Expresa el art.19 de la ley 26.427:

“(...) En caso de incumplimiento por parte de la empresa de alguno de los requisitos o características que tipifican a esta especial relación, la pasantía educativa perderá el carácter de tal y será considerada contrato laboral por tiempo indeterminado. En dicho caso, regirán todas las sanciones e indemnizaciones que correspondan para la relación laboral no registrada.

Atento el carácter excepcional de este régimen, en caso de duda se entenderá que la relación habida entre el alumno y la empresa u organismo es de naturaleza laboral, aplicándose el régimen de la Ley 20.744 y complementarias.”

En este artículo se utiliza un medio técnico propio del Derecho del Trabajo, claramente antifraude, cuando establece que en caso de incumplimiento por parte de la empresa de alguno de los requisitos o características que tipifican a esta especial relación, la pasantía educativa perderá el carácter de tal y será considerada contrato laboral por tiempo indeterminado regido por la LCT

La novedad de esta ley es la previsión expresa de la conversión, pues en ninguno de los ordenamientos anteriores se explicitaba qué consecuencias traerían aparejadas la omisión o el incumplimiento de los requisitos exigidos⁽³³⁾.

(32) LITTERIO, ob.cit.

(33) SCOTTI, ob. cit.

La norma establece “lo que ya pretorianamente habían resuelto nuestros Tribunales: En caso de incumplimiento por parte de la empresa de alguno de los requisitos o características que tipifican este especial relación, la pasantía educativa perderá el carácter de tal y será considerada “*contrato laboral por tiempo indeterminado*”, rigiendo, en dicho caso, todas las sanciones e indemnizaciones que correspondan para la relación laboral no registrada”⁽³⁴⁾. La norma merece aprobación, tal como la doctrina lo ha señalado⁽³⁵⁾.

b) Existen notorias semejanzas entre la pasantía y el contrato de trabajo (pero a éste se le aplica el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y las leyes que reglamentan la protección del trabajador subordinado) y ambos campos están separados “por una delgada e imprecisa línea que no siempre se termina de apreciar con claridad” (36).

Con el uso del medio técnico de marras se pretende evitar que se utilice la pasantía, “intencionalmente o no, para ocultar o disimular una relación de trabajo subordinado, en abierta violación a lo dispuesto en el art. 14, LCT”⁽³⁷⁾.

Además la previsión legislativa sin distinciones deja sin sustento al criterio jurisprudencial que decía que en el caso de organismos estatales donde no se hubiera configurado la pasantía educativa tampoco correspondería “aplicar al caso las previsiones de la LCT. Ello así, toda vez que los dependientes del Estado, en sentido amplio, están excluidos del Derecho del Trabajo privado, materializado en la LCT, salvo que se configure la hipótesis específica del art. 2 inc. a) de este cuerpo legal. Pero como en el caso no existió un acto voluntario, expreso e inequívoco, emanado del Estado receptor de la prestación del actor, o en su defecto, de una ley, la cuestión sólo puede ser juzgada en el marco del derecho público y con ajuste a las preceptivas del derecho administrativo, siguiendo los criterios de la CSJN, Fallos 314:376 “Leroux de Emede, Patricia c/ Municipalidad de Bs. As.”). (Del dictamen del Fiscal General al que adhiere la

(34) Ídem nota anterior.

(35) LITTERIO, ob.cit., SCOTTI, ob.cit., RECALDE, H. y RECALDE, M., ob.cit.

(36) SCOTTI, ob. cit.

(37) Ídem nota anterior.

Sala). CNAT, Sala I, 31/8/05, "La Morgia, Luciana c/ Universidad de Buenos Aires s/ despido" En igual sentido CNAT, Sala IX, 29/11/06, "Trejo, Mónica c/ Gobierno de la Ciudad de Bs As y otro s/ despido".

A nuestro criterio, si el organismo estatal admitió expresa o tácitamente la aplicación de esta nueva norma referida a las pasantías educativas admitió que en caso de conversión se deba ir a la LCT y no a las normas de derecho público.

c) Pero no sólo hay una conversión a la regla de los arts.21;22;23 y 90 de la LCT y art.27 de la ley 24.013, sino que la norma prevé —de modo original— que en ese caso regirán todas las sanciones e indemnizaciones que correspondan para la relación laboral no registrada. Ello nos lleva a la ley 24.013 y quizás a la ley 25.323, según el caso.

Asimismo "(...) habría que considerar según las condiciones personales del trabajador ocultado como pasante, la violación de normas en materia de jornada de menores"⁽³⁸⁾.

En la idea de combatir el fraude laboral —que campea en todo el articulado de la nueva ley— se justifica por el carácter excepcional de este régimen la previsión del último párrafo del artículo, que "(...) en caso de duda se entenderá que la relación habida entre el alumno y la empresa u organismo es de naturaleza laboral, aplicándose el régimen de la ley 20.744 y complementarias."

Por ello la conclusión legal, basada en la jurisprudencia conteste, se presenta razonable y "ante el menor incumplimiento u omisión que pueda verificarse con relación a las muy precisas exigencias legales o, incluso, ante una situación de duda razonable", cabe descartar "de plano la presunta "pasantía" y considerar que el contrato-realidad es "un contrato de trabajo en los términos de los artículos 21, 22 y 23 LCT"⁽³⁹⁾.

Como la nueva ley refuerza "(...) el énfasis puesto en anteriores para sus- traer de toda connotación laboral a los contratos de pasantía (...) cuando no se cumplan todos estos requisitos o no se demuestre la existencia de

(38) RODRIGUEZ MANCINI, ob.cit.

(39) SCOTTI, ob.cit.

un carácter preponderantemente educativo, debe considerarse que la relación habida entre un estudiante que realiza actos a favor de una empresa u organismo no es una pasantía y que cabe enmarcarla dentro del régimen laboral común (...) El aspecto educativo es precisamente el que justifica (al menos en el plano jurídico), la existencia de esta figura". Entendemos que "debe acreditarse acabadamente la concreción de cada una de las condiciones que exige la ley en este sentido para descartar la existencia de una relación laboral disimulada bajo la apariencia de una "situación de pasantía (...) para desechar la existencia de un contrato de trabajo debe exigirse el riguroso cumplimiento de cada uno de estos extremos que son esenciales para la configuración de una real pasantía. Es que si la pasantía es una extensión de la enseñanza en las tareas prestadas por estudiantes bajo esta denominación, deben estar presentes todos los elementos (al menos los previstos en la ley) que hacen al cumplimiento de esta finalidad" ⁽⁴⁰⁾.

El Régimen General de Pasantías secundarias expresa en su art.15 la nulidad de toda cláusula o disposición de un Convenio/Acta Acuerdo Individual de Pasantías que contravenga los términos y condiciones mínimas de ese régimen y los modelos de convenios que se aprueban, "o que de cualquier modo menoscabe los derechos de los pasantes."

3.6 | Requisitos probatorios

En un conflicto acerca de la naturaleza de las tareas prestadas en el ámbito de una empresa u organismo, quien "(...) pretenda que la relación se enmarca en la denominada "situación de pasantía", y que no cabe incluir a aquellas tareas en el régimen general, debe acreditar la existencia de los siguientes extremos que prevén los arts.1), 5), 6) , 9),12) 17),19) y 21 de la ley 26.427 ⁽⁴¹⁾.

Siendo el régimen de pasantías excepcional *en caso de duda* se entenderá que la relación habida entre el alumno y la empresa u organismo es de *naturaleza laboral*, aplicándosele el régimen de la LCT y las normas complementarias (art. 19, párrafo 2°) de la ley 26.427).

(40) RECALDE, H. y RECALDE, M., ob.cit.

(41) Ídem nota anterior.

Más en materia de pasantías todos sabemos que la práctica laboral suele desbordar las expectativas del legislador. Como vimos, muchas veces las pasantías transcurren sin sobresaltos encubriendo verdaderos contratos de trabajo. Por tanto, el del control es un tema medular. Sin embargo, la ley no brinda precisiones respecto de la operatividad de las inspecciones. La temática debería encararse vía reglamentaria, a fin de que el control resulte efectivo y eficiente a través de los servicios de inspección locales y no una mera expresión de deseos que termine consintiendo los “contratos laborales” de pasantía.

“De cualquier modo, corresponde destacar el hecho de que, ante la duda, prima el reconocimiento del carácter laboral del vínculo existente entre el estudiante y la empresa, más allá de la forma que hubiere asumido la contratación”⁽⁴²⁾. El principio de primacía de la realidad es claramente aplicable al caso.

4 | Conclusión

- a. Las pasantías educativas son “(...) una herramienta de indiscutible utilidad para la formación de estudiantes, futuros profesionales, ya que brinda la posibilidad de obtener una mejor y más completa formación teórico-práctica, adquiriendo competencias que facilitan su posterior inserción en el mercado laboral”⁽⁴³⁾.

Sin embargo que esta figura puede dar lugar a una incorrecta utilización, aún con la nueva ley⁽⁴⁴⁾ y decreto que aprueba el régimen de pasantías a nivel secundario.

Se trata de “una figura que se presta como pocas a su utilización fraudulenta, y los hechos dan acabada cuenta de ello”⁽⁴⁵⁾.

- b. Consideramos positiva a la ley 26.427 en cuanto unifica el régimen aplicable para figura, establece mejor los recaudos que deben cumplirse para entrar en el régimen excepcional y las sanciones en caso negativo o de duda.

(42) Ídem nota anterior.

(43) ALEJANDRO, ob.cit.

(44) Ídem nota anterior; TOSELLI, ob.cit.

(45) DOWHALUK, ob.cit., p.228.


El decreto que aprueba el régimen de pasantías a nivel secundario, precisamente porque se dirige a regular pasantías de estudiantes de ese nivel y normalmente de otras edades, casi siempre menores que los que regula la ley, en cambio es más genérico, abierto y sin tantas precisiones normativas que las que tiene la ley.

- c. Los cerrojos antifraude que la ley 26.427 contiene y las aclaraciones que hace respecto de las normas anteriores deben ser valoradas de modo positivo en cuanto pretenden la preservación de las que —por disposición legal— son relaciones no laborales genuinas y combatir el fraude que con esta figura excepcional puede darse, tutelando a las que son verdaderas relaciones laborales.

Incluso ellos podrían aplicarse analógicamente *mutatis mutandis* a las pasantías secundarias.



Proyectos legislativos



Proyecto de ley sobre Delitos contra la libertad individual y trabajo de menores de edad

CÓDIGO PENAL: INCORPORACIÓN DEL CAPÍTULO I *BIS* AL TÍTULO V “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD”, TITULADO “DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD DE LOS MENORES”: INCORPORACIÓN DE ARTÍCULOS 149 *QUATER* Y 149 *QUINQUE* (TRABAJO DE MENORES)

El pasado 7 de agosto, las Comisiones de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, aprobaron un dictamen unificando los proyectos de ley presentados por los Diputados Recalde, Sabbatella, Basteiro, Heller, Rivas e Ibarra y de la Diputada Diana Conti, referidos al trabajo infantil, más específicamente, sobre delitos contra la libertad individual y trabajo de menores de edad.

En lo sustancial, el proyecto impulsa agregar el Capítulo I *bis* al Título V del Código Penal “Delitos contra la libertad”, mediante la incorporación de los artículos 149 *quater* y 149 *quinque*, los que reprimen con prisión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años, a las personas físicas que utilizaren a un menor de dieciséis (16) años, para trabajar en provecho propio o de un tercero. Asimismo, se establecen tres excepciones, referidas —la primera— a los casos contemplados en el art. 189 bis de la Ley 20.744 —caso de los menores que trabajen en empresas familiares—, y las dos restantes a los casos contemplados en los arts. 23 y 24 de la Ley 26.390, atinente el primero a que la edad mínima para el trabajo infantil se reputará de quince años hasta el 25 de mayo de 2010 y el segundo a que la prohibición de la contratación de

menores de 16 años que la norma regula, no será aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la promulgación de dicha ley.

A continuación, adjuntamos los antecedentes de los proyectos presentados sobre el punto y, al final, el dictamen aprobado en Comisión.

Comisiones de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Sumario: CÓDIGO PENAL, SOBRE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD DE LOS MENORES. MODIFICACIÓN.

1. Recalde. (500-D.-2011.)

2. Sabbatella, Basteiro, Heller, Rivas e Ibarra (V. L.). (2.198-D.-2011.)

3. Conti. (3.808-D.-2011.)

DICTAMEN DE LAS COMISIONES⁽¹⁾

Honorable Cámara:

Las comisiones de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia han considerado los proyectos de ley del señor Diputado Recalde, del señor Diputado Sabbatella y otros señores legisladores, y de la señora Diputada Conti, sobre delitos contra la libertad individual y trabajo de menores de edad; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° - Incorpórese como capítulo VII, en el título I del libro segundo "De los delitos" del Código Penal, el siguiente:

.....
.....
(1) Art. 108 del reglamento.

Capítulo VII

Delitos contra la integridad de los menores

Art. 108 bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años, el que promoviere, facilitare, aprovecharse o explotare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Cuando el hecho hubiere sido ejecutado en perjuicio del niño o niña, en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, la pena de prisión se aplicará a los directores o gerentes de la sociedad, administradores, síndicos o miembros de la comisión fiscalizadora que hubieren consentido de cualquier modo que el niño o niña trabajare en provecho de aquélla.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador de la víctima que incurriere en la conducta descrita, cuando mediaren circunstancias de una economía familiar de subsistencia.

La pena de prisión será de 3 (tres) a 6 (seis) años cuando:

1. Las víctimas fueran 3 (tres) o más.
2. El hecho fuere cometido con el concurso de 3 (tres) o más personas en forma organizada.
3. El hecho fuere cometido por un funcionario público; en cuyo caso sufrirá además la inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

La pena de prisión será de 4 (cuatro) a 8 (ocho) años cuando la utilización de la prestación laboral del niño o niña se efectuare en actividades riesgosas, inseguras o peligrosas, conforme la calificación que sobre las mismas determinen las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo.

Art. 2º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 9 de noviembre de 2011.

Juan C. Vega. - Héctor P. Recalde. - Claudia M. Rucci. - Roberto M. Mouillerón. - Oscar E. N. Albrieu. - Gladys E. González. - Francisco O. Plaini. - Celia I. Arena. - Octavio Argüello. - Alfredo N. Atanasof. - Raúl E. Barrandeguy. - Patricia Bullrich. - María E. P. Chieno. - Juliana di Tullio. - Carlos G. Donkin. - Natalia Gambaro. - Claudia F. Gil Lozano. - Miguel Á. Giubergia. - Dante González. - Cynthia L. Hotton. - Julio R. Ledesma. - Ernesto F. Martínez. - Pablo E. Orsolini. - Juan M. Pais. - Guillermo A. Pereyra. - Héctor H. Piemonte. - Roberto R. Robledo. - Adela R. Segarra. - Héctor D. Tomas.

En disidencia: Mirta A. Pastoriza.

En disidencia parcial: Liliana B. Parada. - Remo G. Carlotto. - Julián M. Obiglio.

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR DIPUTADO JULIÁN M. OBIGLIO

Señor Presidente:

Tengo el agrado de dirigirme a Vuestra Honorabilidad a fin de fundar mi disidencia parcial al dictamen unificado de mayoría de los proyectos de ley 500-D.-2011, 2198-D.-2011 y 3808-D.-2011 en virtud del cual se incorpora como capítulo VII, "Delitos contra la integridad de los menores" en el título I del libro II "De los delitos" del Código Penal, el artículo 108 bis.

Es importante destacar el esfuerzo de esta Honorable Cámara y del Congreso de la Nación por erradicar todas las formas de trabajo de las niñas, niños y adolescentes.

La norma propuesta se inscribe dentro de este propósito tutelar de la infancia de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y de la Ley Nacional de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Sin embargo, advertimos que la redacción del artículo propuesto establece la no punibilidad del padre, madre, tutor o guardador de la víctima que incurriere en la conducta descrita en el tipo penal proyectado, pero ciñéndolo a los casos en que medien "circunstancias de una economía familiar de subsistencia".

Pensamos que la norma, con esta redacción, deja dentro del tipo penal numerosas situaciones de hecho en las cuales concurre la colaboración de los menores en el trabajo, oficio o profesión de sus progenitores, curadores, guardadores o representantes, y que no califican como actividades familiares de "subsistencia".

Así pensamos en la colaboración de un menor en el taller o estudio de su padre; en la asistencia en la atención de un comercio; en la compañía y aprendizaje que realiza en una quinta familiar; etcétera, etcétera.

Por eso es que propiciamos la supresión de los términos "de subsistencia" del tipo propuesto.

Por estas razones es que he firmado en disidencia parcial el dictamen unificado de mayoría.

Julián M. Obiglio.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia al considerar los proyectos de ley del señor Diputado Recalde; del señor Diputado Sabbatella y otros señores legisladores y de la señora Diputada Conti, sobre delitos contra la libertad individual y trabajo de menores de

edad, creen innecesario abundar en más detalles que los expuestos en los fundamentos que los acompañan por lo que los hacen suyos y así lo expresan.

Juan C. Vega.

FUNDAMENTOS

1

Señor Presidente:

Mediante el presente proyecto se agrega un nuevo capítulo —el capítulo I *bis*— al título V del Código Penal, “Delitos contra la libertad”, en el cual se incorporan los artículos 149 *quater* y 149 *quinque*, los que reprimen con prisión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años a las personas físicas que utilizen a un menor de dieciséis (16) años para trabajar en provecho propio o de un tercero. Se establecen también tres excepciones, referidas la primera a los casos contemplados en el artículo 189 *bis* de la ley 20.744 —caso de los menores que trabajen en empresas familiares—, y las dos restantes a los casos contemplados en los artículos 23 y 24 de la ley 26.390, atinente el primero a que la edad mínima para el trabajo infantil se reputará de quince años hasta el 25 de mayo de 2010, y el segundo a que la prohibición de la contratación de menores de 16 años que la norma regula, no será aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la promulgación de dicha ley.

Cabe destacar que la prohibición a la que hace referencia el artículo 149 *quater* que se propone, no representa en modo alguno un recorte en los ingresos familiares, toda vez que con fecha 29/10/2009 se sancionó el decreto 1602/2009 (B.O. 30/10/2009) sobre Asignación Universal por Hijo para protección social. Las políticas públicas adoptadas desde el año 2003 han producido una recuperación del poder adquisitivo de los salarios, incrementado los niveles de empleo, y disminuido los de desempleo, de marginalidad y pobreza. No obstante ello, ante la subsistencia de situaciones de exclusión de diversos sectores de la población, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1602/2009 estableciendo un umbral mínimo de ingresos para mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social. Frente al amplio alcance del régimen creado por el decreto mencionado ya nadie puede justificar el trabajo de menores de edad inferior a la que las leyes vigentes exigen para trabajar, ni aun so pretexto de que el menor acerca algún ingreso al grupo familiar en situación de vulnerabilidad.

Con la figura penal que se pretende introducir, se tiende a prevenir y sancionar el acuciante problema del trabajo infantil que repercute tan negativamente en lo económico y social, y en el ámbito de los derechos humanos, atentando contra el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de niños y adolescentes, originando graves consecuencias, como el daño definitivo de su cuerpo en crecimiento, y la deserción escolar.

En la República Argentina existe un amplio abanico de normas en este sentido que sientan el principio rector sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, el cual ha quedado debidamente adecuado con la sanción de la ley 26.390 (B.O. 25/06/2008), que ha introducido importantes cambios en el régimen de trabajo de menores.

Así, con la Constitución Nacional de 1994 se ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989 y aprobada por la República Argentina por la ley 23.849 (B.O. 22/10/1990) (ADLA, L-D, 3693). A los efectos de esta convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (conf. artículo 1º). De las diversas cláusulas contenidas en el convenio aludido, surge que los Estados Parte reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional; y que las prestaciones deberían concederse, cuando corresponden, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre (artículo 26). Igualmente aquéllos reconocen el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (artículo 31), y su derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Asimismo, se comprometen a adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de estas medidas (artículo 32).

En los demás tratados incorporados al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional también se encuentran referencias relativas a los niños:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948) señala que "toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales" (artículo VII); b) La Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) afirma que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social";

c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, aprobado por la República Argentina según ley 23.313, B.O. 13/05/1986 dispone que "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil" (artículo 103); d) El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, (suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, aprobado por la República Argentina según ley 23.313, B.O. 13/05/1986, ADLA XLVI-B, 1130) reconoce que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado" (artículo 24.1); y e) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, (suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.054, ADLA, XLIV-B, 1250) declara que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (artículo 19).

También la reforma constitucional de 1994 introdujo normas tendientes a la oportuna implementación de medidas que tiendan a efectivizar esos derechos. Así, por el artículo 75, inciso 23, se impone al Congreso de la Nación el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos de raigambre constitucional, o reconocidos por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, así como también dictar normas de seguridad social para proteger al niño en situación de desamparo.

Sobre el tema, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señaló que una de las condiciones para alcanzar la justicia social y la paz universal permanente es la protección de los niños y de los adolescentes.

En 1998, la Asamblea de la OIT aprobó una declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la que se recuerda que "al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas", y como esos principios y derechos fundamentales se encuentran expresados y desarrollados en los denominados siete convenios "nucleares" de la OIT, relativos al derecho de los trabajadores a organizarse y a la negociación colectiva; la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil, la igual remuneración por un trabajo

del mismo valor y la no discriminación en el empleo, todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, asumen el compromiso de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto” de aquéllos.

Diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo también han sido ratificados por la República Argentina. Así sobre edad mínima se han ratificado: a) Convenio 138 (1973; ratif. por la Argentina por ley 24.650, B.O. 01/07/1996, ADLA, LVI-C, 3345); b) Convenio 58 (1936) sobre la edad mínima en el trabajo marítimo: este convenio ha sido revisado por el C. 138. Ha sido ratificado por la Argentina el 17/02/1955. Sobre trabajo nocturno se han ratificado: a) Convenio 6 (1919) sobre el trabajo de los menores en la industria. Este convenio ha sido revisado por el C. 90 (1948). La Argentina lo ha ratificado el 30/11/1933; b) Convenio 79 (1946) sobre el trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales. Este convenio ha sido ratificado por la Argentina el 17/02/1955; c) Convenio 90 (1948) sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria. Revisa el convenio sobre trabajo nocturno (1919). Este convenio ha sido ratificado por la Argentina el 24/09/1956. Sobre las peores formas de trabajo infantil se ha ratificado el Convenio 182 (1999), con fecha 05/02/2001.

Por su parte, los jefes de Estado de los países integrantes del Mercosur, con fecha 10/12/1998, suscribieron la Declaración Socio-Laboral del Mercosur, donde se comprometen a respetar los derechos fundamentales del trabajo inscritos en esa declaración y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y los convenios y acuerdos colectivos. Al efecto se creó una Comisión Socio-Laboral, órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercosur, que tiene carácter promocional y “no sancionatorio”, dotado de instancias nacionales y regional, con el objeto de fomentar y acompañar la aplicación del instrumento. Sobre el trabajo infantil y de menores la Declaración Socio-Laboral del Mercosur establece los siguientes parámetros: a) La edad mínima de admisión al trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados parte, no pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria (artículo 6.1); b) Los Estados Parte se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo (artículo 6.2); c) El trabajo de los menores será objeto de protección especial por los Estados Parte, especialmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso al mercado de trabajo y a otras medidas que posibiliten su pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral (artículo 6.3); d) La jornada de trabajo para esos menores, limitada conforme a las legislaciones nacionales, no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ni en horarios nocturnos (artículo 6.4); e) El trabajo de los menores no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades físicas, mentales y morales (artículo 6.5), y f) La edad de admisión a un trabajo con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años (artículo 6.6).

La sanción de la ley nacional 26.390 (B.O. 25/06/2008), que introdujo significantes cambios en el régimen de trabajo de menores, modificando la Ley de Contrato de Trabajo, 20.744 (t. o. 1976) (t. o. DT, 1976-238), las leyes 22.248 del Régimen Nacional del Trabajo Agrario, 23.551, de asociaciones sindicales (DT, 1988-A, 808) y 25.013, de reforma laboral (DT, 1998-B, 1888), así como el decreto ley 326/1956 sobre régimen de trabajo y previsión del personal de servicio doméstico, ha venido a ajustar la legislación nacional a los compromisos internacionales de la República Argentina.

Para lograr una aplicación efectiva de todo el plexo normativo existente, relativo a la prohibición del trabajo infantil, se hacen necesarios no sólo medios de vigilancia, contralor o inspección, sino medidas que hagan totalmente eficaz su cumplimiento, tales como la figura penal que se pretende introducir

Por lo expuesto, solicito a los señores diputados que me acompañen con la aprobación de la presente iniciativa.

Héctor P. Recalde.

2

Señor Presidente:

El presente proyecto establece penas de uno a tres años de prisión para las personas que ocuparen a menores de 16 años y de dos a cuatro años de prisión para quienes ocuparen a menores de 13 años. Asimismo, se establecen penas de tres a seis años independientemente de cuál sea la edad de las víctimas, cuando el trabajo impidiere a las víctimas el cumplimiento de los años de escolarización exigidos por la ley 26.206; el hecho fuere cometido por 3 (tres) o más personas en forma organizada; las víctimas fueran 3 (tres) o más; o el autor fuere funcionario público. Se exceptúa de estas penas a los casos de "empresas de familia" contemplados en el artículo 189 *bis* de la Ley de Contrato de Trabajo.

De la misma forma, cuando el hecho sea cometido por una persona jurídica se establece una pena de tres a seis años de prisión para todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad que consintiere de cualquier modo que el menor trabaje en provecho de aquélla. Cuando el autor del delito sea un funcionario público cabe su inhabilitación especial durante el doble del tiempo de la condena.

Señor Presidente, el trabajo infantil es una práctica que debe ser definitivamente desnaturalizada en función de los perjuicios que implica tanto para el desarrollo del niño o niña como para el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Es necesario comprender que el trabajo infantil en cualquiera de sus condiciones y tanto en el contexto urbano como rural vulnera los derechos del niño o niña en la medida en que necesariamente implica una tensión con sus actividades educativas

y lúdico-recreativas. Esta tensión en mayor o menor medida actúa como un determinante de las situaciones de exclusión social y de inequidad entre los niños que provienen de hogares pobres y el resto de la sociedad. De esta forma, el trabajo infantil lejos de ser un remedio para las familias pobres intensifica y perpetúa su vulnerabilidad⁽²⁾.

El establecimiento de penalidades para el trabajo infantil responde a la necesidad de profundizar su erradicación definitiva. Esta aspiración es posible gracias a los avances que se han dado en la Argentina tanto en el plano material como jurídico.

La senda de desarrollo con equidad que transita nuestro país desde el año 2003 ha logrado una considerable reducción de la pobreza socavando las condiciones en las que el trabajo infantil se constituía como una condición necesaria de subsistencia. Pero es sin duda la implementación de la Asignación Universal por Hijo un punto de inflexión en este sentido, en la medida en que establece un umbral de ingresos para los menores, permitiendo a las familias liberar a sus hijos de las actividades laborales y volcarlos a la escolarización.

En el plano jurídico, el trabajo de los menores está actualmente regulado por las normas de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Convenios 138 y 182 de la OIT ratificados por la República Argentina y la ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.

La Constitución Nacional establece en su artículo 75 inciso 23 que el Congreso de la Nación deberá: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños"; el mismo inciso agrega: "Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental".

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por la República Argentina por ley 23.849 (B.O. 22/10/1990), en su artículo 32 establece textualmente: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho al niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados partes, en particular: a) fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) dispondrán la reglamentación apropiada

(2) *El trabajo infantil en la Argentina. Análisis y desafíos para la política pública* 1ª ed., Buenos Aires, Oficina de la OIT en Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2007.

de los horarios y condiciones de trabajo; c) estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo". A los efectos de esta convención se entiende por "niño" todo ser humano menor de dieciocho años (artículo 1°).

Las normas de esta convención tienen jerarquía constitucional e integran los derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22).

También posee rango constitucional el Convenio 138 de la OIT, el cual determina: "Todo miembro que ratifique el convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio". Agrega que "ninguna persona menor de esa edad deberá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna" (artículo 2.1.). Este convenio establece como principio general que la edad mínima de admisión en el empleo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a los 15 años (artículo 2.3). Asimismo, mediante la ley 25.255 se aprueba el convenio 182 de la OIT sobre "Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación".

Finalmente, la ley nacional 26.390 (B.O. 25/06/2008) prohíbe el empleo de los menores de 16 años y regula todos los aspectos del trabajo adolescente estableciendo modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t. o. 1976); (t. o. DT, 1976-238), las leyes 22.248 del Régimen Nacional del Trabajo Agrario, 23.551 de Asociaciones Sindicales (DT, 1988-A, 808) y 25.013 de Reforma Laboral (DT, 1998- B, 1888).

En este estado de cosas, es posible avanzar en la constitución del trabajo infantil como un delito desnaturalizando su existencia y erradicándolo definitivamente de nuestra sociedad. Por este motivo, solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.

Martín Sabbatella. - Sergio A. Basteiro. - Carlos S. Heller. - Vilma L. Ibarra. – Jorge Rivas⁽³⁾.

3

Señor Presidente:

En los últimos años, nuestro país ha realizado importantes progresos en materia de protección de la infancia como la ley 26.061, la Asignación Universal por Hijo, la nueva ley de educación nacional, la tipicidad de la producción y distribución de pornografía infantil. Con relación al trabajo infantil, se dictó la ley de prohibición

(3) Conste que, preguntado el señor Diputado Nacional don Jorge Rivas si era su voluntad ser cofirmante del presente proyecto de ley, asintió. Oscar Morales, subdirector, Dirección Secretaría, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente fijando la edad mínima de admisión al empleo en 16 años.

Ahora, considero que debe darse un nuevo paso y disponerse sanciones penales específicas a la utilización y aprovechamiento personal de lo que ha sido definido como "peores formas de trabajo infantil".

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 182, ratificado por la ley 25.255, prohibió la realización de determinadas actividades calificadas como explotación y violencia contra los niños. Estas actividades son: "a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños" (artículo 3°).

Desde ya, los primeros tres incisos, según mi interpretación, quedan cubiertos por figuras ya previstas en el Código Penal; sin embargo, la explotación de niños en trabajos insalubres o inseguros, cuando no configura un delito por la afectación a la integridad personal del joven, resulta atípica. Téngase en cuenta que este Convenio, en su artículo 7°, y la Recomendación 190 de la OIT, que lo complementa, disponen el deber del Estado de prohibir y eliminar este tipo de explotación de los niños con carácter de urgencia. Por ello, considero que debe incorporarse un tipo penal que expresamente incluya estas formas de explotación infantil. Lo cual resulta compatible con el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño donde se reconoce el "derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social", y se prevé que los Estados deben estipular "penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo".

A fin de precisar las actividades laborales insalubres o inseguras tuvimos en cuenta la Recomendación 190 de la OIT, que expresa: "3. Al terminar y localizar dónde se practican los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3°, d), del Convenio, debería tomarse en consideración, entre otras cosas: a) Los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual; b) Los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados; c) Los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas; d) Los

trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud; y e) Los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador”.

La responsabilidad se extiende a los directivos de las personas jurídicas con el fin de que se asuma la responsabilidad empresarial para prevenir estos graves hechos.

Asimismo, se han incluido como agravantes la edad de la víctima, cuando ni siquiera cuenta con la edad mínima para trabajar y el grado de organización de la actividad.

Por todo lo expuesto, solicito a mis pares que me acompañen en la sanción del presente proyecto de ley.

Diana B. Conti.

ANTECEDENTES

1

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,

Artículo 1º - Incorpórese como capítulo I bis al título V, “Delitos contra la libertad”, del Código Penal, el siguiente:

Capítulo I bis. Delitos contra la integridad de los menores.

Artículo 149 quater: Será reprimido con prisión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años el que utilizare a un menor de dieciséis (16) años para trabajar en provecho propio o de un tercero.

La pena prevista en el párrafo precedente no será aplicable en los casos contemplados en el artículo 189 bis de la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, y artículos 23 y 24 de la ley 26.390.

Artículo 149 quinque: Cuando se tratare de una persona jurídica, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad que consintiere de cualquier modo que el menor trabajare en provecho de aquélla, será reprimido con la misma pena.

Art. 2º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Héctor P. Recalde.

2

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,

Artículo 1º - Incorpórese como artículo 145 *quater* del título V "Delitos contra la libertad individual" del Código Penal el siguiente:

Artículo 145 *quater*: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 3 (tres) años el que utilizare a un menor de dieciséis (16) años para realizar cualquier tipo de trabajo en beneficio propio o de un tercero. La pena será 2 (dos) a 4 (cuatro) años de prisión cuando la víctima fuere menor de 13 (trece) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena será de 3 (tres) a 6 (seis) años cuando:

1. En razón de los hechos previstos en este artículo se impidiere o dificultare a la víctima el cumplimiento del artículo 16 (dieciséis) de la ley 26.206.
2. Las víctimas fueran 3 (tres) o más.
3. El hecho fuere cometido por 3 (tres) o más personas en forma organizada.
4. El hecho fuere cometido por un funcionario público.

En caso de condena, el culpable, si fuere funcionario público, sufrirá además la inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Se hallan eximidos de las penas contempladas en el párrafo precedente los casos previstos por el artículo 189 *bis* de la ley 20.744 y sus modificatorias.

Artículo 2º - Incorpórese como artículo 145 *quinque* del título V "Delitos contra la libertad individual" del Código Penal el siguiente:

Artículo 145 *quinque*: Cuando el hecho fuere cometido por una persona jurídica, será reprimido con prisión de 3 (tres) a 6 (seis) años todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad que consintiere de cualquier modo que el menor trabaje en provecho de aquélla.

Artículo 3º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Martín Sabbatella. - Sergio A. Basteiro. - Carlos S. Heller. - Vilma L. Ibarra. - Jorge Rivas⁽⁴⁾.

(4) Conste que, preguntado el señor Diputado Nacional don Jorge Rivas si era su voluntad ser cofirmante del presente proyecto de ley, asintió. Oscar Morales, subdirector, Dirección Secretaría, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

3

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,

INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 145 QUATER DEL TÍTULO V "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL" DEL CÓDIGO PENAL - EXPLOTACIÓN MENORES DE EDAD

Artículo 1º - Incorpórese como artículo 145 *quater* del título V, "Delitos contra la libertad individual", del Código Penal, el siguiente:

Artículo 145 *quater*: Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años, el que utiliza o el que se beneficia de la explotación de una persona menor de 18 años de edad en una actividad laboral insalubre o insegura, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

Se considerarán actividades laborales insalubres o inseguras a:

- a. Los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua o en alturas peligrosas;
- b. Los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosas o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas;
- c. Los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos a sustancias, agentes o procesos peligrosos o a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud;
- d. Los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión cuando la víctima fuere menor de dieciséis (16) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena será de tres (3) a seis (6) años cuando:

- a. Las víctimas fueran tres (3) o más.
- b. El hecho fuere cometido por tres (3) o más personas en forma organizada.

Cuando el hecho reprimido hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido.

Art. 2º - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Diana B. Conti.

Dictamen de Aprobación

SALA DE LAS COMISIONES, 7 DE AGOSTO DE 2012.-

INFORME.-

HONORABLE CÁMARA:

Las Comisiones de Legislación Penal, de Legislación del Trabajo y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia al considerar los proyectos de ley de los señores Diputados Recalde, Sabbatella y otros señores legisladores y de la señora Diputada Conti, sobre delitos contra la libertad individual y trabajo de menores de edad; habiendo analizado los aspectos fundamentales de los proyectos a estudio, consideran que corresponde unificar los mismos en un único texto, lo que así expresan.

Oscar Albrieu

Mediante el presente proyecto se agrega un nuevo Capítulo —el Capítulo I *bis*— al Título V del Código Penal “Delitos contra la Libertad”, en el cual se incorporan los artículos 149 *quater* y 149 *quinque*, los que reprimen con prisión de 2 (dos) a 4(cuatro) años, a las personas físicas que utilizaren a un menor de dieciséis (16) años, para trabajar en provecho propio o de un tercero. Se establecen también tres excepciones, referidas la primera a los casos contemplados en el art. 189 *bis* de la ley 20.744 —caso de los menores que trabajen en empresas familiares—, y las dos restantes a los casos contemplados en los arts. 23 y 24 de la ley 26.390, atinente el primero a que la edad mínima para el trabajo infantil se reputará de quince años hasta el 25 de mayo de 2010 y el segundo, a que la prohibición de la contratación de menores de 16 años que la norma regula, no será aplicable a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la promulgación de dicha ley.

Cabe destacar que la prohibición a la que hace referencia el art. 149 *quater* que se propone, no representa en modo alguno un recorte en los ingresos familiares, toda vez que con fecha 29/10/2009 se sancionó el Decreto 1602/09 (B.O. 30/10/2009) sobre “Asignación Universal por Hijo para Protección Social”. Las políticas públicas adoptadas desde el año 2003 han pro-

ducido una recuperación del poder adquisitivo de los salarios, incrementado los niveles de empleo, y disminuido los de desempleo, de marginalidad y pobreza. No obstante ello, ante la subsistencia de situaciones de exclusión de diversos sectores de la población, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1602/09 estableciendo un umbral mínimo de ingresos para mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social. Frente al amplio alcance del régimen creado por el decreto mencionado, ya nadie puede justificar el trabajo de menores de edad inferior a la que las leyes vigentes exigen para trabajar, ni aun so pretexto de que el menor acerca algún ingreso al grupo familiar en situación de vulnerabilidad.

Con la figura penal que se pretende introducir, se tiende a prevenir y sancionar el acuciante problema del trabajo infantil que repercute tan negativamente en lo económico y social, y en el ámbito de los derechos humanos, atentando contra el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de niños y adolescentes, originando graves consecuencias como el daño definitivo de su cuerpo en crecimiento, y la deserción escolar.

En la República Argentina existe un amplio abanico de normas en este sentido, que sientan el principio rector sobre prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, el cual ha quedado debidamente, adecuado con la sanción de la Ley 26.390 (B.O. 25/06/2008) que ha introducido importantes cambios en el régimen de trabajo de menores.

Así, con la Constitución Nacional de 1994, se ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1989 y aprobada por la República Argentina por la ley 23.849 (B. O. 22/10/1990) (Adla, L-D, 3693). A los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (conf. art. 1). De las diversas cláusulas contenidas en el convenio aludido, surge que los Estados Parte reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional; y que las prestaciones deberían concederse, cuando corresponde, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de pres-

taciones hecha por el niño o en su nombre (art. 26). Igualmente, aquellos reconocen el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (art. 31) y su derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Asimismo, se comprometen a adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de estas medidas (art. 32).

En los demás tratados incorporados al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional también se encuentran referencias relativas a los niños:

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948), señala que "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales" (art. VII); b) Declaración Universal de Derechos Humanos. (Adoptada la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948), afirma que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"; c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (B. O. 13/05/1986)), dispone que "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los

cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil" (art. 103); d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313, B. O. 13/05/1986, Adla XLVI-B, 1130) , reconoce que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado" (art.24.1) y e) Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.054, Adla, XLIV-B, 1250), declara que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19).

También la reforma constitucional de 1994 introdujo normas tendientes a la oportuna implementación de medidas que tiendan a efectivizar esos derechos. Así por el art. 75, inc. 23 se impone al Congreso de la Nación el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos de raigambre constitucional, o reconocidos por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, como así también dictar normas de seguridad social para proteger al niño en situación de desamparo.

Sobre el tema, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señaló que una de las condiciones para alcanzar la justicia social y la paz universal permanente es la protección de los niños y de los adolescentes.

En 1998, la Asamblea de la OIT aprobó una Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la que se recuerda "que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas", y como esos principios y derechos fundamentales se encuentran expresados y desarrollados en los denominados siete convenios "nucleares" de la OIT, relativos al derecho de los trabajadores a organizarse y a la negociación

colectiva; la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil, la igual remuneración por un trabajo del mismo valor y la no discriminación en el empleo, todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, asumen el compromiso de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución (de la OIT) los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto” de aquéllos.

Diversos Convenios de la OIT, también han sido ratificados por la República Argentina. Así sobre edad mínima se han ratificado: a) Convenio N° 138 (1973; ratif. por Argentina por ley 24.650, B. O. 01/07/1996) Adla, LVI-C, 3345; b) Convenio N° 58 (1936) sobre la edad mínima en el trabajo marítimo: este convenio ha sido revisado por el C. 138. Ha sido ratificado por la Argentina el 17/02/1955. Sobre Trabajo Nocturno se han ratificado: a) Convenio N° 6 (1919) sobre el trabajo de los menores en la industria. Este convenio ha sido revisado por el C. 90 (1948). La Argentina lo ha ratificado el 30/11/1933; b) Convenio N° 79 (1946) sobre el trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales. Este Convenio ha sido ratificado por la Argentina el 17/02/1955; c) Convenio N° 90 (1948) sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria. Revisa el Convenio sobre trabajo nocturno (1919). Este Convenio ha sido ratificado por la Argentina el 24/09/1956). Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil se ha ratificado el Convenio N° 182 (1999), con fecha 05/02/2001.

Por su parte, los Jefes de Estado de los países integrantes del Mercosur, con fecha 10 de diciembre de 1998, suscribieron la “Declaración Socio-Laboral del Mercosur”, donde se comprometen a respetar los derechos fundamentales del trabajo inscriptos en esa declaración y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y los convenios y acuerdos colectivos. Al efecto, se creó una Comisión Socio Laboral, órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercosur, que tiene carácter promocional y “no sancionatorio”, dotado de instancias nacionales y regional, con el objeto de fomentar y acompañar la aplicación del instrumento. Sobre el trabajo infantil y de menores, la Declaración Socio laboral del Mercosur, establece los siguientes parámetros: a) La edad mínima de admisión al trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados Parte, no pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria (art.6.1); b) Los Estados Parte se comprometen adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo

infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo (art. 6.2); c) El trabajo de los menores será objeto de protección especial por los Estados Parte, especialmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso al mercado de trabajo y a otras medidas que posibiliten su pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral (art. 6.3); d) La jornada de trabajo para esos menores, limitada conforme a las legislaciones nacionales, no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ni en horarios nocturnos (art. 6.4); e) El trabajo de los menores no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades físicas, mentales y morales (art. 6.5); y f) La edad de admisión a un trabajo con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años (art. 6.6).

La sanción de la ley nacional 26.390 (B.O. 25/06/2008) que introdujo significativos cambios en el régimen de trabajo de menores, modificando la ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t. o. 1976) (t.o. DT, 1976-238), las leyes 22.248 del Régimen Nacional del Trabajo Agrario, 23.551 de Asociaciones Sindicales (DT, 1988-A, 808) y 25.013 de Reforma Laboral (DT, 1998- B, 1888), así como el decreto-ley 326/56 sobre Régimen de Trabajo y Previsión del personal de servicio doméstico, ha venido a ajustar la legislación nacional a los compromisos internacionales de la República Argentina.

Para lograr una aplicación efectiva de todo el plexo normativo existente, relativo a la prohibición del trabajo infantil, se hacen necesarios no sólo medios de vigilancia, contralor o inspección sino medidas que hagan totalmente eficaz su cumplimiento, tales como la figura penal que se pretende introducir.

Por lo expuesto, solicito a los señores diputados, me acompañen con la aprobación de la presente iniciativa.

Texto Ordenado

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º: Incorpórese como Capítulo I *bis* al Título V "Delitos contra la libertad" del Código Penal, el siguiente:

"CAPÍTULO I *bis*. Delitos contra la Integridad de los Menores.

Art. 149 *quater*: Será reprimido con prisión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años, el que utilizare a un menor de dieciséis (16) años, para trabajar en provecho propio o de un tercero.

La pena prevista en el párrafo precedente no será aplicable en los casos contemplados en el artículo 189 *bis* de la Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, y artículos 23 y 24 de la Ley 26.390.

Art. 149 *quinque*: Cuando se tratare de una persona jurídica, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad, que consintiere de cualquier modo que el menor trabajare en provecho de aquélla, será reprimido con la misma pena”.

Artículo 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.



Fuentes ciudades

Índice de fuentes citadas

- AA. VV., *Libro de ponencias del VIII Congreso Internacional De Política Social, Laboral y Previsional (FAES)*, Buenos Aires, Fundación de Altos Estudios Sociales, 1996.
- ACKERMAN, MARIO (dir.) y TOSCA, DIEGO, (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2005.
- ANDERSON, PERRY, “¿En qué nos parecemos a la sociedad feudal?”, diario *Clarín*, Buenos Aires, 02/10/1994.
- ARESE, CÉSAR, “El trabajo esclavo contemporáneo”, en *Revista de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 13/33.
- ARIAS GIBERT, ENRIQUE, *Las Multas en la ley de empleo*, Buenos Aires, JFM editores, 1998.
- ARIAS GIBERT, ENRIQUE, *El negocio jurídico laboral*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007.
- ASPELL DE YANSI FERREIRA, MARCELA, “La esclavitud en Buenos Aires: 1810-1853”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, n°17, 1989, pp. 5/58.
- BAYLOS GRAU, ANTONIO, “La ‘huida’ del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en AA. VV. Manuel Alarcón Caracul y María Mirón Hernández (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000.
- BERTRANOU, FABIO M. y PAZ, JORGE A., *Políticas y Programas de Protección al Desempleo en Argentina*, 1ra. ed., Buenos Aires, Oficina Internacional del Trabajo, 2007.
- BOURDIEU, PIERRE, *Argelia 60. Estructuras económicas y estructuras temporales*, trad. de Ariel Dillon, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2006.
- CABANELLAS, GUILLERMO, *Introducción al Derecho Laboral*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961, vol. I.
- CAPELLA, JUAN R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórica-teórica al estudio del derecho y del estado*, 5ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Ley de Empleo*, La Plata, Librería Editora Platense, 1992.
- CASTEL, ROBERT, “Regreso a la dignidad del trabajo”, en diario *Clarín*, 02/09/2008.
- CASTEL, ROBERT, *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?*, trad. de Viviana Ackerman, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2004.
- CILLERUELO, ALEJANDRO R., “Trata de personas para su explotación”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 2008-D, pp. 781/792.
- CIPOLLETTA, GRACIELA E. y MAFFEI, MARIO R., “Acerca de las prestaciones por desempleo en nuestro país”, en *DT 1986-A*, pp. 789.
- COLAUTTI, CARLOS E., *Derechos Humanos*, Universidad, 1995.
- COLOMBO, MARCELO, “UFASE Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas”, en *Revista y Considerando*, Buenos Aires, vol. 101, pp. 10/13.

- COOLEY, THOMAS M. y ANGELL, ALEXIS C., *Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*, trad. de Julio Carrié, 2da ed., Buenos Aires, Peuser, 1898.
- CORNAGLIA, RICARDO J., *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.
- CHAMATROPULOS, DEMETRIO A., “¿Es necesario una nueva ley de trabajo a domicilio?”, en *Revista Nova Tesis*, Buenos Aires, vol. 11, pp. 72/83.
- DE VEDIA, AGUSTÍN, *La Constitución Argentina*, Buenos Aires, Coni, 1907, vol. I.
- DÍAS, JORGE D., “Teletrabajo y esclavitud. Los teleoperadores de los llamados ‘call centres o contact centres’”, en *Revista de Derecho laboral y Seguridad Social*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. 2011 B, pp. 1959/1964.
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 1992.
- FERREIRÓS, ESTELA M., *Daño provocado por el despido y su reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- FLORES, ERCILIA R. E. y ROMERO DÍAZ, MARÍA D., prólogo de Víctor María Vélez, *Trata de personas con fines de explotación*, Córdoba, Lerner, 2009.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI, 1995.
- GAMBACORTA, MARIO L., “Sistema de inspección y trata de personas en el mundo del trabajo”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 2012-2, pp. 149/154.
- GHESTIN, JACQUES, “*Les Obligations, le contrat: formation*”, en *Traité de Droit Civil*, 2da ed., Paris, L.E.D.J., 1988.
- GÓMEZ BARBELLA, LEONEL G., “La relación entre delitos de trata de personas y reducción a servidumbre. Similitudes y diferencias básicas”, en *Revista Jurídica La Ley*, vol. 2011-9, pp. 1/8.
- HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO, “La nueva ley de trata de personas”, en José I. Cafferata Norez (comp.), *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008, pp. 125/140.
- KAPSTEIN, ETHAN B., “El nuevo comercio global de esclavos”, en *Archivos del presente Revista Latinoamericana de temas internacionales*, Buenos Aires, Fundación Foro del Sur, vol. 42, pp. 29/40.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- LÓPEZ, JUSTO; CENTENO, NORBERTO y FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, Ed. Contabilidad Moderna, 1978.
- MACAGNO, MAURICIO E., “Algunas consideraciones sobre los nuevos delitos de trata de personas con fines de explotación (arts. 145 bis y 145 ter., CP)”, en *Revista Jurídica La Ley*, vol. 2008 F, pp. 1252/1265.
- MEIK, MOISÉS, “Despido discriminatorio y derecho a la estabilidad. Avances jurisprudenciales como motor de un debate necesario”, en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, N°1 (2006), pp. 139/151.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO, “Despido en represalia por haber ejercitado el trabajador el derecho a la tutela judicial efectiva (Comentario a la STC 101/2000, de 10 de abril)”, en Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T° XVIII, Madrid, 2000.

MURMIS, MIGUEL y FELDMAN, SILVIO, “De seguir así”, en AA.VV., Luis Beccaria y Néstor López (comps.), *Sin trabajo. Las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, UNICEF/Losada, 1997.

ONASSIS, ELENA F., *Trata de personas: La esclavitud del siglo XXI*, Buenos Aires, Lerner, 2011.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Una alianza global contra el trabajo forzoso”, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Boletín ILO on line n° 22/05, del 11/05/2005.

ORSINI, JUAN I. “La responsabilidad solidaria de los socios, administradores y directores de las sociedades comerciales por las obligaciones laborales del ente societario”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, N° 259, marzo de 2007, pp. 230/258.

ORSINI, JUAN I. y QUINTEROS, VERÓNICA, “Los sistemas indemnizatorios de los despidos injustificados y la desnaturalización de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario”, en *Doctrina Laboral*, N° 215, julio de 2003, pp. 632/645.

ORSINI, JUAN I., “Despido discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales del trabajador”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 38 (2008), pp. 580/596.

ORSINI, JUAN I., “El acoso moral en el trabajo y su regulación jurídica en el derecho español y comunitario europeo”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, N° 294, febrero de 2010, pp. 153/179.

ORSINI, JUAN I., “Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: la nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales”, en AA.VV, Luis E. Ramírez (coord.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 113/154.

ORSINI, JUAN I., “Nulidad e ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales”, en AA.VV., Juan J. Formaro, (dir.), *Jurisprudencia Laboral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, t. II, pp. 217/271.

ORSINI, JUAN I., “La estabilidad en el régimen jurídico vigente”, en *Doctrina Laboral y Previsional*, n° 263, julio de 2007, pp. 646/664.

PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 1992.

PÉREZ REY, JOAQUÍN, *Estabilidad en el empleo*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

PNUD ARGENTINA Y MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN, *Índice de fragilidad laboral. Un análisis geográfico comparado del empleo y el trabajo a partir de la Encuesta Permanente de Hogares*, Buenos Aires, 2005.

PREMICI, SEBASTIÁN, “El núcleo duro del trabajo en negro”, en diario *Página 12*, 19/06/2012.

RECALDE, HÉCTOR P. “Saludable igualdad ante la ley”, en diario *Página 12*, 25/08/2011.

REPETTO, ROBERTO, “Historia de un gran error judicial (La Corte Suprema de Estados Unidos y el caso Dred Scott)”, en *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Buenos Aires, n° 5, 1969, pp. 8/23.

FUENTES CITADAS

- ROBERT, CASTEL, *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, trad. de Victor Goldstein, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, “Derecho del empleo”, en *La Ley*, 07/05/2012, 1.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales”, en Efrén Borrajo Dacruz, Juan M. Ramírez Martínez, y Tomás Sala Franco (coords.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, La Ley, 2003, pp. 635/662.
- ROMANO, CARLOS A., “Sustracción y trata de niños. Análisis de la eficacia operativa”, en Quaini, Fabiana, *Restitución internacional de menores: aspectos civiles y penales*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009, pp. 349/452.
- SCHÁVELZON, DANIEL, *Buenos Aires negra. Arqueología histórica de una ciudad silenciada*, Buenos Aires, Emecé, 2003.
- SENNETT, RICHARD, *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, trad. de Daniel Majmías, 9ª ed., Barcelona, Ed. Anagrama, 2006.
- SOUTO PRIETO, JESÚS, “Los despidos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, n° 5, Madrid, 2003, pp. 13/42;
- STIGLITZ, GABRIEL A, *Daños y Perjuicios*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, p. 52.
- SUPIOT, ALAIN, *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. de José Luis Gil y Gil, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- TANZI, HÉCTOR J., “La abolición de la esclavitud en la Argentina”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, Buenos Aires, n° 10/11, 1976, pp. 219/227.
- ZAS, OSCAR, “El despido represalia del testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador”, en *La Ley*, T. 2010-A, pp. 810/825.

Índice Temático

A

APORTES P. 20, 27, 39, 45, 65, 78, 101, 114, 128, 135, 138, 139, 140, 145, 146, 148, 150, 162, 166, 186, 200, 236

C

CÁMARAS DE LAVADEROS DE ROPA P. 39

CERTIFICADO DE TRABAJO P. 16, 138
indemnización por falta de entrega P. 10
requisito de intimación previa P. 10, 14

CÓDIGO PENAL P. 122, 125, 126, 234, 235, 236, 237, 263, 265, 266, 273, 274, 275, 276

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 5, 6, 7, 9, 13, 52, 68, 74, 88, 101, 116, 123, 168, 190, 243, 256, 267, 271, 272

CONTRATISTA P. 117, 118

CONTRATO DE TRABAJO P. 3, 7, 18, 20, 28, 138, 143, 144, 151, 152, 157, 159, 164, 172, 173, 181, 188, 189, 229, 245, 247, 248, 249, 254, 257, 258
período de prueba P. 161, 240, 242, 251, 252
relación laboral P. 10, 11, 13, 18, 19, 21, 26, 27, 32, 36, 39, 42, 43, 44, 73, 84, 88, 117, 136, 139, 140, 148, 149, 150, 155, 158, 165, 174, 179, 180, 186, 187, 191, 194, 195, 231, 233, 239, 243, 244, 246, 248, 251, 255, 256, 257, 258, 259

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO P. 68, 71, 111, 216, 225, 227, 233, 267, 271, 273

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES P. 111

CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS P. 35, 39, 41, 43, 46, 168, 247, 253, 254, 269

negociación colectiva P. 25, 34, 35, 37, 38, 42, 44, 45, 47, 48, 69, 89, 96, 101, 209, 268
cláusulas sobre trabajo no registrado P. 37, 38, 47

CORPORACIÓN DEL MERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES P. 40, 41

D

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS P. 109

DELITOS SOCIALES P. 211, 236, 237

DESEMPLEO P. 26, 89, 90, 101, 114, 135, 137, 140, 144, 149, 161, 162, 163, 164, 166, 169, 172, 182, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 202, 204, 240, 266

seguro de desempleo P. 185

DESPIDO P. 6, 18, 50, 51, 56, 59, 60, 67, 75, 86, 130, 145, 146, 151, 158, 171, 172, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 242, 246, 248, 249, 250

indemnizaciones por despido P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 31, 52, 53, 55, 57, 58, 60, 64, 70, 71, 116, 130, 144, 145, 150, 157, 161, 173, 174, 175, 176, 177, 187, 236, 240, 242, 255, 256, 257

DIGNIDAD HUMANA P. 240

DISCRIMINACIÓN P. 72, 75, 80, 88, 89, 99, 101, 110, 170, 178, 219, 221, 242, 268, 269

E

EMPLEADOR P. 8, 10, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 36, 40, 41, 43, 45, 48, 52, 53, 56, 64, 65, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 79, 86, 87, 99, 105, 121, 130, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 183, 187, 194, 195, 200, 201, 202, 203, 205, 209, 213, 215, 222, 228, 230, 236, 241, 242, 245, 252, 274

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA P. 14

ERROR DE HECHO P. 10, 12, 13

ESTADÍSTICAS LABORALES P. 31, 84,
161, 162, 163, 225

EXPLOTACIÓN SEXUAL P. 105, 109,
110, 111, 119, 124, 129, 218, 224, 225, 226, 273

F

FRAUDE P. 84, 92, 98, 99,
102, 119, 126, 141, 155, 203, 241, 242, 244, 247, 248, 249

fraude a la ley P. 51, 70, 80, 98, 100, 245

fraude laboral P. 44, 98, 245, 246, 248,
250, 251, 252, 257

interposición fraudulenta P. 245

principio de primacía de la realidad P. 158, 259

técnicas antifraude P. 250, 252, 253, 254, 255, 260

I

INDUSTRIA DEL PAPEL P. 38

INFRACCIONES LABORALES P. 205, 233,
236, 237

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES *Véase* TRATADOS INTERNACIONALES

INTERMEDIACIÓN P. 33

J

JORNADA LABORAL P. 40, 84, 92, 101,
156, 165, 202, 220, 229, 230, 241, 243, 249, 254, 269

M

MÉDICO *Véase* PROFESIONALES DE LA SALUD

MENORES P. 30, 43, 55,

95, 104, 105, 110, 114, 120, 122, 125, 126, 127, 129, 133, 165,
211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222,
223, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235,
257, 260, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272,
273, 274, 276

interés superior del niño P. 111, 227

MERCOSUR P. 29, 87, 89

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA NACIÓN

P. 25, 26, 28, 35, 36, 37, 38, 183, 189, 209, 212, 231, 250, 271
procesos inspectivos y de fiscalización P. 29, 30, 31, 36, 128, 129, 131, 132, 162, 197,
199, 200, 201, 202, 203, 207, 220, 222, 225, 233, 259, 270

MULTAS EN EL CONTRATO DE TRABAJO P. 11, 13, 15, 16, 17,

18, 20, 21, 39, 52, 91, 128, 228, 233

función resarcitoria P. 4, 5, 6, 12

interpretación de las multas P. 14

mora en el pago de las indemnizaciones P. 10

naturaleza jurídica P. 3, 4, 12

plazo de la prescripción P. 12

N

NACIONES UNIDAS *Véase* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

O

OBLIGACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL P. 7

contingencia social P. 8, 9, 168, 185

prestaciones de la seguridad Social P. 8

OBLIGACIONES PUNITORIAS P. 6, 9, 14

OBLIGACIONES RESARCITORIAS P. 7,
8, 9, 12

ORGANISMOS EDUCATIVOS P. 253

Obligaciones de los organismos educativos P. 253

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS P. 68, 105, 106, 109, 111, 112, 119, 163, 212, 216, 225, 267, 271

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO P. 5, 28, 29, 45, 76, 84, 87, 88, 89, 102, 104, 105, 106, 108, 109, 110, , 112, 113, 114, 118, 119, 120, 122, 128, 129, 154, 182, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 227, 228, 233, 268, 269, 271, 272, 273

P

PASANTÍAS P. 102, 240, 241, 242, 244, 247, 250, 257, 258, 259
 asignación estímulo P. 245, 246, 252, 253, 254
 finalidad formativa P. 248, 249, 251, 258
 naturaleza jurídica de las pasantías educativas P. 251
 pasantías para el nivel secundario P. 252, 253, 260
 plazo máximo de duración P. 243, 249
 sanción de conversión P. 255

PROFESIONALES DE LA SALUD P. 42, 43, 45, 46 186, 187, 188, 220, 222, 224

PROGRAMA NACIONAL DE REGULACIÓN DEL TRABAJO P. 30, 32, 33

PROSTITUCIÓN Véase EXPLOTACIÓN SEXUAL

PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL P. 7

R

REGISTRACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL P. 18, 19, 28, 32, 33, 45, 136, 163
 flexibilidad de contratación P. 161, 219, 239, 240, 241, 242, 243, 248
 obligación de registrar la relación P. 10, 156, 157
 trabajo no registrado P. 9, 10, 12, 13, 25, 26, 27, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 44, 46, 47, 48, 51, 85, 88, 91, 92, 101, 102, 159, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 169, 171, 174, 175, 183, 202, 204, 205, 206, 210, 237, 255, 256, 257

relación parcialmente clandestina P. 159
 reclamo de registración P. 171, 172, 176, 180
 rol del Estado Nacional P. 30

REMUNERACIÓN P. 20, 21, 28, 30, 31, 35, 37, 39, 45, 67, 93, 101, 104, 110, 117, 120, 121, 124, 130, 140, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 157, 159, 165, 168, 186, 187, 189, 221, 242, 253, 254, 268
 registro de la remuneración debida P. 19

S

SANCIONES ADMINISTRATIVAS P. 236, 237
 sanciones conminatorias P. 3, 21, 22, 39
 SIMULACIÓN P. 44, 84, 88, 92, 155, 158
 simulación ilícita P. 98, 245

SINDICATOS P. 35, 36, 41, 43, 45, 102, 166, 167, 213, 231, 247
 Federación Argentina de Peinadores y Afines P. 43
 Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón y Químicos P. 38
 representantes sindicales P. 35, 174
 Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar, Entretenimiento, Esparcimiento, Recreación y Afines P. 44
 Sindicato de Trabajadores de la Industria del Hielo y de Mercados Particulares de la República Argentina P. 40
 Unión Obreros y Empleados Tintoreros, Sombrereros y Lavaderos de la República Argentina P. 39

T

TIPO PENAL P. 122, 200, 211, 234, 235, 236, 238, 265, 273
 TRABAJADOR P. 8, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 28, 31, 39, 43, 44, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 63, 65, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 86, 88, 91, 98, 99, 105, 117, 120, 123, 124, 137, 138, 140, 141, 144, 146, 148, 149, 150, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178,

ÍNDICE TEMÁTICO

179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 194, 197,
203, 227, 230, 237, 240, 242, 245, 246, 254, 256, 257

TRABAJO AGRARIO P. 85, 91, 92, 98, 99,
100, 131, 143, 188, 197, 203, 205, 206, 208, 229

actividad citrícola P. 94, 95, 96, 97

trabajadores agrarios P. 197, 198, 202, 204, 205

trabajadores temporarios P. 198, 201, 202

TRABAJO ESCLAVO P. 87, 88, 104,
105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119,
120, 121, 122, 123, 125, 130, 131, 132, 133, 154, 162, 169,
218, 273

Convención sobre la Esclavitud P. 103, 109

SERVIDUMBRE POR DEUDAS P. 104,
105, 106, 108, 109, 110, 112, 118, 119, 120, 121, 122, 123,
124, 125, 128, 131, 132, 201, 207, 218, 225, 273

TRABAJO FORZADO P. 85, 104, 105,
106, 108, 109, 110, 111, 112, 119, 120, 121, 122, 123, 124,
130, 131, 154, 169, 182, 218, 225, 268, 273

TRATA DE PERSONAS P. 104, 105, 106,
108, 109, 111, 114, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126,
128, 129, 132, 213, 215, 216, 217, 220, 221, 222, 224, 228,
236, 266, 269, 272, 273, 274

TRABAJO INFANTIL P. 105, 110, 128,
129, 130, 200, 207, 211, 212, 218, 219, 225, 227, 229, 230,
231, 232, 233, 234, 238, 262, 263, 264, 266, 267, 268, 269,
270, 271, 272, 273

definición de trabajo infantil P. 214, 215

edad mínima P. 114, 213, 215, 216,
217, 220, 221, 222, 224, 228, 266, 269, 272, 273, 274

erradicación del trabajo infantil P. 129,
213, 230, 232, 233

penalización de trabajo infantil P. 234

TRABAJO INFORMAL P. 25, 26, 34, 36,
37, 38, 46, 47, 84, 86, 91, 92, 95, 135, 144, 149, 163, 168, 175,
204, 206, 231,

TRATADOS INTERNACIONALES P. 109,
111

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en septiembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar