

Derecho del Trabajo

AÑO I NÚMERO 3

Trabajo no registrado (parte II)

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 3

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 2250-7612

Revista Derecho del Trabajo

Año I - N° 3 - Diciembre 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. Prohibida su venta. Distribución gratuita. 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
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

Índice General

Doctrina p. I

La dependencia laboral: realidad de los trabajadores médicos
por LUIS ANUNZIATO p. 3

La responsabilidad en las obligaciones contractuales. Algunas precisiones necesarias
por ENRIQUE ARIAS GIBERT p. 23

El trabajo no registrado: una de las causas del colapso de la justicia laboral
por MARINÉS DOLORES BABUGIA p. 39

Incidencia del trabajo no registrado para el acceso a los beneficios previsionales
por MARÍA CLARISA BALDONI p. 55

El trabajo no registrado y sus consecuencias en el ámbito previsional
por VICTORIA PÉREZ TOGNOLA y PATRICIA A. ROSSI p. 69

Hiposuficiencia negocial y de reclamación del trabajador: su injerencia
en la falta o deficiencia de la registración del vínculo laboral
por MÓNICA SIROUNIAN p. 81

El empleo decente del trabajador extranjero
por CARLOS A. TOSELLI p. 93

Novedades p. 113

Novedades jurisprudenciales p. 115

“Godoy, Diego Maximiliano c/ MAPFRE Argentina A.R.T. S.A. s/ accidente”
Cámara Séptima del Trabajo, de Mendoza Sala Unipersonal - 12/11/2012 117

Novedades legislativas p. 121

Proyecto de Ley sobre Régimen Especial de Contrato de Trabajo
para el Personal de Casas Particulares p. 123

Proyectos de Investigación p. 147

La negociación colectiva en el sector público en los ámbitos locales
por ÁLVARO D. RUIZ, MARIO L. GAMBACORTA y MAGALÍ N. TROYA..... p. 149

Fuentes citadas p. 159

Índice temático p. 163



Doctrina

La dependencia laboral: realidad de los trabajadores médicos

por **LUIS ANUNZIATO**⁽¹⁾

I | Breve referencia histórica

Partiendo del hecho fáctico de alguien que encarga un trabajo y otro que lo efectúa, podríamos marcar un análisis, por ejemplo, desde la época monárquica donde, en la relación Señor feudal-siervo, diríamos que había un “contrato” donde el primero ofrecía protección, terreno, vivienda y comida, y el segundo debía efectuar todas las tareas físicas que el Señor no realizaría, es decir, ser su esclavo.

Pero los tiempos, por suerte para nuestra visión, fueron cambiando (poco, pero lo han hecho) y, además, si tenemos en cuenta la dinámica y utilidad que pretende este trabajo, sería demasiado abstracto tocar el tema desde esa época.

En efecto, marcaremos nuestro punto de partida en el análisis de la normativa en 1853, fecha de nacimiento de nuestra Constitución Nacional, y en 1882, fecha de promulgación de nuestro Código Civil.⁽²⁾

.....
(1) Abogado (UBA). Docente del Derecho de Trabajo y Filosofía del Derecho (UBA, UCES). *Magister* en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales Empresariales (UNTREF, SADL). Autor y coautor de varias publicaciones doctrinarias. Se desempeña en el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 14.

(2) Tomo la fecha de sanción de la ley 1196 del 9 de Septiembre de 1882: conocida como Segunda Ley Fe de Erratas, aun cuando la edición data de 1870, fue declarada oficial mediante la ley 527, sancionada el 7 de agosto de 1872.

En este último, tal como sostiene Diana Cañal en su trabajo inédito titulado "Dependencia: un concepto en plena evolución":

"Describe Vélez en el artículo 1493 de nuestro Código Civil esta relación en la que una parte se obliga a conceder a otra el uso o goce de una cosa, a la ejecución de una obra o a prestar un servicio a cambio de que la otra pague un precio en dinero: un típico *do ut des*.

En la nota al artículo el codificador indica que suele mediar confusión en torno de este tipo de contratos, lo que nos hace pensar en un desgajamiento parcial del dominio: en el primer caso solo se entrega temporalmente la disponibilidad del bien, en el segundo un fruto y en el último el fruto y la actividad".

Pero donde más se genera controversia es en la observancia de la locación de servicios que, según el art. 1623 CC, "Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero". Pero, ¿la relación contractual donde se presta un servicio de manera esporádica, sin dirección ni exclusividad, es igual a la que se realiza con dependencia técnica, jurídica y económica?

Eso fue lo que, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se discutía ya por el año '45. Así de vieja es la controversia. Pareciera que hemos olvidado que, cuando un pintor o plomero viene a nuestra casa, o cuando es convocado por una PYME para efectuar alguna obra, o contratamos algún servicio, el trabajador se apersonan y, previamente a ser contratado, "negocia" con quien lo llamó, entre otras cosas, cuál será el costo de esa obra o servicio.

Aquí radica la diferencia, los hechos indicaban que esa situación no tenía ni el más mínimo parecido con la del individuo que se levantaba todos los días a las 5 de la mañana, ingresaba a la fábrica a las 6 de la mañana y salía cuando la producción terminaba; un trabajador que trabajaba por un monto fijo, al cual su contratante le abonaba todos los meses o cada quince días y que, con suerte, el contratante era lo suficientemente bondadoso, podía parar el tiempo que demandaba devorar la ración, que le había sido preparada en su hogar para la ingesta del medio día.

En efecto, claramente ya para esa época pudo observarse que la relación contractual entre las partes era diferente en cuanto al poder de negociación. En un contrato civil, salvo los denominados de adhesión, las partes se encuentran en un estado de "paridad negocial", donde cada uno puede arrimar su pretensión hasta acordar con el otro la modalidad del trabajo, o desistir de suscribirlo.

En contraposición se encuentra el contrato de trabajo, donde una parte "fuerte" poseedora de los medios de producción, del capital y, en definitiva, de la mercancía, condiciona todo el contrato de trabajo en su conveniencia y, la otra parte, sólo poseedora de la "fuerza de trabajo" acepta o no las condiciones impuestas, es decir, tan sólo adhiere o muere de hambre. Por tanto adhiere en cualquier condición.

En la actualidad tal circunstancia y a expensas de una capitalización cada vez más fuerte, y una generación constante de mano de obra más barata, este fenómeno no distingue entre trabajadores con educación secundaria, terciaria y profesionales universitarios o de especial grado de especificación en su tarea. Como veremos, el médico pone también su "fuerza de trabajo" al servicio de la empresa, con la salvedad de que posee un valor agregado por el conocimiento profesional, pero como también señalaremos, esto no redundará en la pérdida de la relación de dependencia que caracteriza al contrato de trabajo.

Varios son los autores que señalan esta situación que, repito, no es nueva:

"Sabido es que la paridad presupuesta en la celebración de los contratos civiles no puede ser extrapolada sin más a aquellas hipótesis en las que el 'locador' vive de su hacer: no se trata de un mero intercambio, de una transacción más, sino de su supervivencia. Nace entonces el derecho del trabajo como un nuevo marco normativo que protege a la parte más débil de la ecuación, en el cual el *favor debilis* no se encuentra más en cabeza del deudor sino del acreedor".⁽³⁾

"El reconocimiento de un negocio jurídico diferente, donde la protección hacia una de las partes no aparece en forma excep-

(3) PODETTI, HUMBERTO A., *Política Social*, Bs. As., Editorial Astrea, 1982.

cional ante la violación de las reglas, sino que se encuentra instalada de modo permanente en la interpretación de todos los actos llevó a pergeñar la teoría de la relación de dependencia, a la que no le resultan aplicables sin más los principios generales del derecho civil.”⁽⁴⁾

Aquí radica la decisión más clara que deben tomar los operadores del Derecho, quienes deben decidir cuál será su finalidad: o bien proteger a la parte débil de esa relación cumpliendo el mandato de nuestra Constitución Nacional en su art. 14 *bis*, asumiendo la responsabilidad allí impuesta de “asegurar al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada...”, y todo el contenido del primer párrafo del art. que, creo, todos conocen, o bien desoír la Carta Magna y dejar al ciudadano a su suerte, sin protección alguna ante los mercados.

Debemos tener en cuenta que el primer párrafo mencionado dice “asegurar”, cuestión que le corresponde al Estado, tanto como demostrar la totalidad de la operatividad de la Constitución. La misma palabra ya aparece en el Preámbulo mismo, en el que éste se compromete a “asegurar los beneficios de la libertad”.

Pero, además de esto, y por mandato del párr. 2 del art. 14 *bis*, El estado debe **garantizar** el libre ejercicio del derecho colectivo del trabajo; y como corolario el párr. 3 dispone que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”.

Si esto no se cumple, ya sea por legislación contraria a su disposición que la tornaría inválida, por ausencia de legislación que truncaría la operatividad que ya posee la Constitución Nacional o, por una interpretación jurisdiccional que olvide tales principios anulándolos, se estaría, lisa y llanamente, escogiendo la finalidad de incumplir con la Carta Magna.

Así, ya los considerandos del decreto 32.347 del 30 de noviembre de 1944 indicaban que “... el movimiento legislativo contemporáneo, en lo que respecta a las normas que rigen las relaciones jurídicas del capital y el trabajo, ha dado forma a un nuevo derecho cuyo contenido social

.....

.....
(4) CAÑAL, DIANA R., en texto inédito ya mencionado *supra*.

y humano tiende a proteger la parte débil de esa relación...”, marcaban claramente lo que en este trabajo se intenta recordar.

Surgió entonces el Derecho del trabajo, un derecho que no permite leer la realidad como lo ordena el derecho civil, un derecho que obliga a mirarla con otros lentes teóricos, marcando la autonomía, independencia y especificidad del derecho en dicha materia. Se trata de un derecho que parte de una realidad contractual distinta, encontrándose condicionado por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional que construye esos lentes teóricos específicos para interpretar los hechos que tienen que ver con las “relaciones jurídicas del capital y trabajo”.

Es decir, si nos colocamos lentes con vidrios de color azul, todo lo que veamos a través de ellos tomará ese tono; nuestra “realidad” será ahora azulada. Lo mismo ocurre con las teorías: son una lectura de la realidad que influye en ella y le da forma.

En el derecho, y centrándonos especialmente en la interpretación que efectúa el juez, “esos lentes”, las teorías, funcionan de dos maneras distintas: por un lado el juez tiene su “propia lectura” de los hechos, la que se encuentra compuesta por su ideología, por su cultura, por sus vivencias; en definitiva es la acepción que podemos asimilar al término subjetividad. Éste es el campo subjetivo de la interpretación, porque será el sujeto que interpreta los hechos el que elija la teoría personal que conforma su deber ser.

Pero, por otro lado, se encuentran los lentes imperativos, la teoría que **obligadamente** el juez debe aplicar. Este plano teórico es objetivo y obligatorio; no es decisorio pues es la norma la que, no sólo crea esos lentes teóricos, sino que muchas veces dice cómo usarlos y obliga a ponérselos. Esto es lo que ocurre con la normativa laboral cuando decimos que todo juez de dicho fuero no puede apartarse de los lentes teóricos que obligadamente debe ponerse: aquéllos que se encuentran conformados por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional y por los Principios Generales del Derecho del Trabajo e, incluso, por toda la normativa implicada en el procedimiento y válidamente conectada con la superior.

Queda entonces claro, cómo cobra vital importancia el tener presente el modo en que se conforma la teoría; es decir, la norma que, en el campo jurisdiccional, nos obliga a interpretar los hechos de una manera determi-

nada y, en el campo de la tarea legislativa, a generar normas en concordancia con esa teoría.

En efecto, existe una dinámica constante de interrelación entre la realidad, la ética o moral imperante y el derecho. Interesante es observar esta visión aportada por la Dra. Cañal: "...imaginemos tres platos puestos de manera ascendente de mayor a menor. En la base y de mayor tamaño se encuentra el plato que representa la realidad. La realidad, en cuanto tal, se encuentra compuesta por **todo** el conjunto de hechos y conductas que tiene lugar cotidianamente. En este nivel el plato del esquema es el más grande porque contiene, todos los hechos que además, tiene la particularidad que la velocidad de cambio es muy elevada.

Por sobre ese plato que representa la realidad, se encuentra un plato de mayor tamaño pues sólo contiene conductas que, si bien han partido de la realidad, han sido categorizadas moralmente, han sido calificadas como buenas o malas, y si bien esta calificación varía, lo hace de manera más lenta o esporádica, que la rapidez descrita para el plano de la realidad.

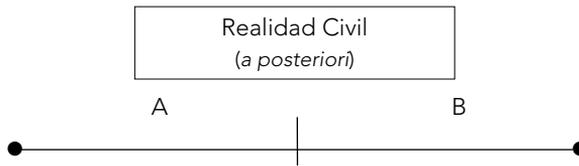
El último plato, situado en la cúspide de nuestro esquema y más pequeño, así representado ya que no todos los comportamientos sobre los que se abran juicios éticos son lo bastante relevantes como para estar contenidos en una norma jurídica que los prohíba o los autorice. En este tramo, vemos como la capacidad de cambio del derecho es muy poca".⁽⁵⁾

Ahora bien, acabo de hacer una lectura ascendente del fenómeno jurídico. Ocurre un hecho en la realidad, que se torna lo suficientemente relevante para que lo tiñamos de moral; subió un nivel. Pero, luego de transcurrido el tiempo puede, o bien ser desteñido y convertirse nuevamente en un hecho de la realidad sin relevancia moral o, por el contrario, adquirir mayor interés para la sociedad y ya no sólo es condicionado por una definición moral, sino que se agrega el condicionamiento jurídico, ya que el disvalor es demasiado importante para dejarlo librado al condicionamiento moral.

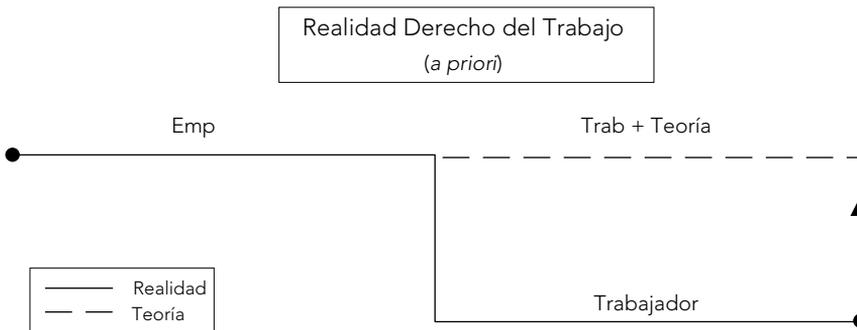
(5) CAÑAL, DIANA R., *Controversias en el Derecho Laboral. Análisis teórico-práctico. Jurisprudencia*, Bs. As., Errepar, 2012, p. 149; y también, en *Una Visión Pragmática del Derecho*, 1ra. ed., Bs. As., Editorial Quorum.

Pero ¿qué ocurre en la dinámica de este proceso? Aquí es donde aparecen los lentes teóricos a los cuales nos referíamos. Las pautas impuestas por nuestro derecho no pueden ser ignoradas al momento de leer la realidad. Es claro y hasta obvio que, antes de llegar a la realidad, cada uno de nosotros tiene una tintura moral que le hace ver los hechos de determinada manera.

Pero, así como advertimos que había dos teorías, una subjetiva y otra objetiva; también debemos tener presente que hay dos tipos de realidades, una fáctica y otra generada por la normativa. Si comparativamente tomamos primero el derecho civil, podemos observar que la relación contractual se da entre las partes en un plano de igualdad, ambos poseen la misma capacidad negocial. Aquí el *favor debilis* aparece *a posteriori* del contrato y toma la figura que hemos dado en llamar “abuso del derecho o lesión enorme”.



Por el contrario, en el derecho del trabajo la realidad negocial fácticamente se encuentra desbalanceada, teniendo mayor poder el empleador ya que impone un contrato de trabajo con determinadas cláusulas que el trabajador tan sólo adherirá o no. Aquí es donde comienza a actuar la protección que no se da a posteriori como en el derecho civil, sino *a priori*, que tiene por objetivo nivelar esta relación y ponerla —a través de la teoría— en un plano de igualdad.



Esto es lo que conforma un mandato superior a nuestra moral individual, y es la orden emanada de la ley que nos dice que no podemos apartarnos del art. 14 bis de la Constitución Nacional y del plexo normativo formado por los arts. 21 a 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), todo teñido por los Principios Generales del Derecho del Trabajo, también emanados de la LCT.

2 | De la dependencia clásica al profesional dependiente

Ese mandato superior legal parte, como dijimos de nuestra Constitución, del artículo que describimos anteriormente y que, contrariamente a alejarnos de nuestro tema principal nos acerca, ya que, nuestra primera norma general y obligatoriamente operativa, actúa en toda la cadena de validez normativa, dando el primer ingrediente de cómo deben ser interpretados los hechos durante el proceso.⁽⁶⁾

Bajando un nivel en la estructura normativa, nos toca el análisis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT). El capítulo I del Título II de dicha ley dirige su contenido a puntualizar no sólo el contrato de trabajo sino también la relación de trabajo. Como toda la LCT nos tiene acostumbrados, sus artículos no son estancos, y las descripciones, prescripciones y definiciones que contiene, se encuentran dinámicamente interrelacionados.

Es por eso que, si bien me referiré en especial a los arts. 21, 22 y 23 LCT; no podemos escapar de la influencia que en ellos ejercen los arts. 7, 8, 9, 11, y 12, referentes a los Principios Generales del Derecho del Trabajo, en especial el art. 11 que alude al principio de la Primacía de la Realidad de gran importancia para este tema (como para todo el derecho del trabajo), entre otros que ya enumeraremos.

De esta forma, la parte pertinente del art. 21 de la norma citada, señala que: “Habrá contrato de trabajo, **cualquiera sea su forma o denominación**, siempre que una persona física se obligue a **realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta**,

(6) CAÑAL, DIANA R., *Controversias en el Derecho Laboral. Análisis teórico-práctico. Jurisprudencia*, op. cit., p. 71.

durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración.”

Lo resaltado en la cita es de vital importancia, pues tiene injerencia directa con este trabajo y debemos tenerlo presente pues irá surgiendo reiteradamente en el desarrollo del mismo.

Nótese también como la definición de contrato de trabajo tiene clara concordancia con las definiciones que la misma ley establece para trabajador (art. 25), empleador (art. 26), trabajo, empresa y empresario (arts. 5 y 6).⁽⁷⁾

Ahora bien, este artículo no puede tratarse sin hacer lo mismo a la vez (como quien examina una moneda deberá, cuanto menos, señalar que tiene dos caras pero que la conforman haciéndola una unidad) con el art. 22 LCT, el cual se refiere a la relación de trabajo.

Éste dispone que “habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le de origen”. El artículo es clarísimo y también habla de realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios, refiere la dependencia, la remuneración y vuelve a surgir “cualquiera sea el acto que le de origen”.

Recalco este último punto pues mucho se ha planteado en la cuestión de los profesionales, a modo de defensa de la fraudulenta manera de contratarlos en el afán de hacerlos aparecer como trabajadores autónomos, indicando que realizaban facturaciones. Sin embargo, existe mucha jurisprudencia que señala que “he sostenido en reiteradas oportunidades que el hecho de que el trabajador se encuentre inscripto como autónomo y emita facturas no implica en modo alguno descartar la existencia de relación laboral” (del voto del Dr. Eiras de la Cam, Nac. Trab. Sala III en autos “Paulette, Ricardo Manuel c/Maxsys Argentina SA y otro”, del 28/08/2003,⁽⁸⁾

Además, el art. 21 dice “Cualquiera sea su forma o denominación” y el 22 “cualquiera sea el acto que le de origen”. Es decir, no nos importa qué

(7) ETALA, CARLOS, *Contrato de Trabajo*, 6ta. ed., Bs. As., Editorial Astrea, p. 75.

(8) Ver texto en: <http://grupo14bis.org>, Servicio Gratuito del Grupo 14 bis, coordinado por el Dr. Barrera Nicholson.

forma le dieron las partes, qué denominación usaron ni qué acto utilizaron para darle origen, mientras exista una persona que realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, y mientras que la persona obligada a realizar esos actos sea además física.

Pero, ¿por qué señalamos que esta cuestión de la relación de trabajo y el contrato de trabajo se encuentra clara, transparente y casi obviamente planteada en la LCT? Por los lentes teóricos que estamos usando para leer los hechos fácticos. ¿Esos lentes son ideológicos?, ¿son antojadizos? No, son lisa y llanamente jurídicos. Estamos hablando de la obligación de tener presente los Principios Generales del Derecho del Trabajo y en especial, para el caso que nos ocupa, de la **Primacía de la Realidad**.

El art. 11 LCT existe y es el que marca el nacimiento de este principio.⁽⁹⁾ Cuando el art. 21 señala "cualquiera sea su forma o denominación", indica que habrá que atenerse a la realidad de los hechos, más que a la denominación o forma jurídica que le hubieran otorgado las partes.

En el art. 22 vuelve a aparecer pues "otorga preeminencia al hecho de la efectiva prestación de servicios en relación de dependencia por sobre el acto jurídico que le haya dado origen".⁽¹⁰⁾ Todo esto también surge jurisprudencialmente cuando se ha señalado que "Resulta insuficiente para descartar la naturaleza laboral del vínculo, la circunstancia de que la trabajadora se encontrase inscripta en la DGI, pues ello constituye una forma de intentar encubrir la verdadera esencia de la relación."⁽¹¹⁾

Así las cosas, podría observarse que todo lo ante dicho tiene lugar siempre y cuando exista la nota característica y exigida por ambos artículos de la **dependencia**. Esta aclaración es válida, y propongo adentrarnos en ella.

La dependencia constituye la nota distintiva fundamental para tipificar el contrato de trabajo y distinguirlo de otros contratos. Si bien la ley no la define, doctrinaria y jurisprudencialmente se han aportado interesantes criterios que dan solución al respecto.

(9) ETALA, CARLOS, op. cit., p. 76.

(10) ETALA, CARLOS, op. cit., p. 91.

(11) Cám. Nac. Trab., Sala VI, 29/09/1999, en DT, 2000-A-610.

Se ha llegado a la postura ampliamente mayoritaria, y aceptada, de que la nota distintiva de la dependencia se da cuando aparece la subordinación económica, técnica y disciplinaria. Así, se ha señalado que el trabajador está sujeto al derecho de dirección del empleador (art. 65 y 66 LCT), en cualquier momento y con relación a las modalidades de ejecución del trabajo debiendo cumplir las órdenes o instrucciones que se le impartan (art. 86 LCT) y, por lo tanto, careciendo de autonomía.

Pero el Dr. Etala nos señala, que "desde luego es que el grado de sujeción del trabajador al derecho de dirección del empleador depende de su posición jerárquica en la empresa, de su categoría o especialidad técnica. No es necesario que el derecho de dirección se ejerza constantemente, basta sólo la posibilidad de ejercerlo".⁽¹²⁾

El superior en la cadena administrativa de un Instituto Médico, que no necesariamente debe ser médico, sobre todo si se trata de sus máximos directivos, no le dirá al médico cómo curar al paciente, máxime si no lo es; pero esto no hace que no exista este derecho de dirección. Pues le señalará cómo atender para hacerlo más rápido y ver más pacientes, qué tipo de guardapolvo utilizar (color, con un logo determinado); le dirá que se presente en un horario determinado, lo cual mostrará también la dependencia dada por la falta de autonomía del trabajador médico, que se manifiesta en la sujeción a la disciplina, generando obligaciones relativas, por ejemplo, respecto al lugar y tiempo de trabajo (horarios).

Así doctrinariamente se ha dicho que:

"... la condición del trabajador se vincula con la ubicación que éste posea en la estructura de una empresa que le es ajena, en la que, por el pago de una cantidad de dinero, pone su fuerza de trabajo para lograr los fines de aquella. En este esquema, el contrato de trabajo supone la existencia de una relación de dependencia personal entre el trabajador y el empresario (...) en los que la prestación de servicios requiera una elevada formación profesional".⁽¹³⁾

(12) ETALA, CARLOS, op. cit., p. 77.

(13) CAUBET, AMANDA B., "La tipicidad del contrato y el principio de la primacía de la realidad: situación de los médicos y de otros profesionales", en *Revista de Doctrina Laboral y Previsional*, DLE n° 223, Bs. As., Errepar, Marzo 2004, T. XVIII, p. 227.

Pero, además, ese médico, figura en una cartilla que el empleador se encarga de publicitar o repartir entre los afiliados, haciendo que la tarea de ese trabajador médico dependiente sea estrictamente personal, es decir indelegable porque es él el ofrecido, y a él eligieron como "prestador".

Claro que ese prestador no atiende en cualquier lugar, sino donde el Instituto Médico le dice que lo haga; incluso, muchas veces lo hace en su propio consultorio (si es alquilado, su precio es tenido en cuenta la negociarse la remuneración y, si es de su propiedad, es un factor computado para preferirlo a otro que nada aporta y que, por lo tanto, genera un mayor costo laboral) el cual coloca por períodos a disposición de su empleador, quien derivará sus pacientes hacia ese lugar.⁽¹⁴⁾

Además, no puede dejar de hacerlo en cualquier momento, es decir, no puede tener vacaciones cuando quiera sino cuando éstas sean autorizadas, reconociendo la autoridad funcional del empleador a quien debe obediencia, sea cual fuere el grado en que se exija ésta.

La Sala III ha señalado al respecto que: "Si la profesional oftalmóloga atendía en los consultorios de la demandada a los pacientes que se derivaban o la elegían en forma directa, empleando la infraestructura de la institución que extendía los recibos de pago a los atendidos, organizaba el trabajo y al fin de cada mes liquidaba importes en función de la cantidad de pacientes atendidos y tareas realizadas, cabe concluir que la médica trabajó en relación de dependencia".⁽¹⁵⁾

Así, en el ejemplo, en la doctrina y jurisprudencia citada, se dan los siguientes elementos: 1) un servicio personal que califica al trabajo como un "hacer infungible"; 2) el pago de una retribución por el trabajo recibido; y 3) el trabajo se pone a disposición de la empresa de otro y el empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio.

Esto no es ajeno a los profesionales médicos.

(14) CAÑAL, DIANA R., *Controversias en el Derecho Laboral. Análisis teórico-práctico. Jurisprudencia*, op. cit., p. 152.

(15) Cám. Nac. Trab., Sala III, 28/02/1995, en DT, 1995-B-1631.

“Si la institución demandada tenía pautado el horario y número de días en que el médico debía estar a disposición de los afiliados, también el monto de la retribución, el modo de abonarla, la cantidad de consultas por paciente, la modalidad de recetar medicamentos, así como la sujeción de las recetas y órdenes de internación al control y autorización de la accionada, cabe concluir en la existencia de relación de dependencia.”⁽¹⁶⁾

El “hacer infungible” lo marcamos cuando indicamos que su tarea es indelegable ya que, al ser ofrecido en una cartilla, el paciente elige a ese médico y no a otro para recibir su atención; la retribución por el trabajo recibido existe sea como sea que ésta fuere “acordada” de conformidad con la interpretación que nos obligan a hacer los arts. 21 y 22 LCT y que antes y, por último, existiendo una remuneración fija y periódica, el médico dependiente pone su trabajo a disposición de la empresa de otro, organizado por el empresario que lo aprovecha y asume los riesgos.

Al respecto, la Sala IV ha dicho inclusive que: “La dependencia técnica y la económica no revisten en la mayoría de los casos importancia decisiva para tener por configurado el vínculo laboral; la nota esencial es la dependencia jurídica o subordinación, que no siempre se manifiesta por el dictado de órdenes, sino también de la posibilidad de sustituir —aunque más no sea de modo potencial— la voluntad del trabajador por la de la empresa”.⁽¹⁷⁾

No sólo los profesionales del derecho nos situamos observando esta realidad los mismos profesionales médicos se encuentran discutiendo esto:

“En los casos en que el paciente solicita y conviene la asistencia médica con una institución (hospital, sanatorio, obra social u otra), abonando para ello una suma fija o una cuota dineraria, se establece una relación indirecta entre el médico y el paciente. Tal importante relación pasa a ocupar una segunda línea, consecuencia de la contratación de los servicios del médico por un tercero”.⁽¹⁸⁾

(16) Cám. Nac. Trab., Sala IV, 14/02/1992, en DT, 1992-A-903.

(17) Cám. Nac. Trab., Sala IV, 06/08/1984, en DT, 1984-B-1614.

(18) ANUNZIATO, LUIS, *El conflicto en la relación Médico - Paciente*, 1ra. ed., Bs. As., Editorial Centro Norte, 2001, p. 41.

Nótese cómo los médicos, los profesionales de la medicina, en su afán por encontrar una salida a las vicisitudes que el derecho no les está resolviendo, se interiorizan en su conocimiento y, sin ser profesionales del derecho, observan una realidad que salta a la vista.

De lo que aquí se está hablando es que hay dos tipos de contratos distintos: el primero es el que suscribe el paciente con la institución médica, de carácter civil por ser una locación de servicio. La empresa se compromete a una asistencia médica, a una prestación, a brindar un servicio. El paciente no contrata al médico que, en muchos casos, al momento del inicio de la relación contractual con la institución, no sabe quién es; sólo, conoce a la institución que contrata.

Para llevar adelante su empresa, el instituto médico necesita de los profesionales médicos, los cuales son contratados mediante un contrato de trabajo, generando la relación laboral dependiente, con todas las notas características que antes describimos.

Por eso, el autor citado la ha llamado "relación indirecta médico paciente", señalando dentro de esta categorización varias situaciones posibles:

- El paciente contrata los servicios asistenciales con una institución y el médico pertenece al equipo de la misma. Es decir, y en términos de derecho, es **dependiente** de la institución.
- El médico pertenece a la dotación del personal de una institución. El paciente contrata a una obra social, que promete la atención médica a través de una institución a la que contrató.
- El médico es contratado de forma dependiente por una obra social y asiste al paciente que contrató los servicios médicos con ella, en una institución con la que la obra social acordó mediante contrato el uso de las instalaciones.

Obsérvese cómo la línea contractual sigue siendo bipolar: un contrato civil entre paciente e institución médica u obra social; y otro contrato entre empresa y trabajador médico dependiente. La llamada relación indirecta médico-paciente marca claramente que la relación es puramente médica, pero no jurídica. No hay un contrato entre el paciente y el médico. La única vinculación jurídica posible será, en su caso y en una etapa de conflicto, por responsabilidad por un acto médico dañoso que produzca una eventual mala *praxis* médica, pero la raíz jurídica de esa relación es extra-contractual, como todos sabemos, y no contractual como se pretende hacer ver.

En tal sentido los mismos médicos, concedores de los entretelones de su tarea, señalan que:

“El tema de la subordinación del médico a la institución, hace que surja confusión cuando muchos interpretan que los médicos tienen ‘independencia técnica’ y, por tanto, no existiría subordinación a la institución. Se debe tener en consideración, que en la medida que el principal le da órdenes sobre a qué personas debe atender, en qué lugar y tiempo debe efectuar la prestación de servicios, existe una ‘subordinación jurídica’. El médico por su labor recibe un salario, en calidad de empleado de la institución, lo que establece una ‘subordinación económica’.”⁽¹⁹⁾

Y, por otro lado, los profesionales del derecho señalan en fallos que:

“las limitaciones impuestas a los médicos en el ejercicio de su actividad profesional, manifestadas por medio de la imposición de horarios, planillas, recetarios, uniformes, tiempos de consulta, controles regulares, imposición de nómina de pacientes, percepciones independientes de la concurrencia de enfermos, rendiciones periódicas, sometimiento a fiscalizaciones, imposición de sanciones mediante anotaciones en el legajo personal, etc., son notas tipificantes de una vinculación laboral.”⁽²⁰⁾ La pregunta que surge entonces es por qué nos cuesta tanto esfuerzo diferenciar las notas características en este tipo de relaciones para poder considerarlas relaciones de trabajo.

3 | El círculo dependiente que se cierra ante la presunción del art. 23 LCT

Coincidimos con la Dra. Caubet cuando señala que son conceptos indiscutidos sobre la tipicidad del contrato de trabajo “la primacía de la realidad y la presunción del art. 23 de LCT”.⁽²¹⁾

(19) ETALA, CARLOS, op. cit., p. 44.

(20) Cám. Nac. Trab., Sala VIII, 30/06/1993, en DT, 1994-B-1193.

(21) CAUBET, AMANDA B., op. cit.

En efecto, ya nos hemos referido a la influencia obligatoria del Principio de la Realidad, los aspectos que cubrían los arts. 21 y 22 LCT para considerar una relación contractual de trabajo, pero ahora cubriendo todos los aspectos cuestionables, el art. 23 viene a condicionar la relación fáctica con la **presunción de la existencia del contrato de trabajo**.

“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

La presunción es clara y pone en cabeza del empleador la necesidad de probar que, “por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven”, no se encuentran ante una relación dependiente. Tanto es así que la presunción opera hasta cuando “se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato”. Pero para que esto no se convierta en una casa de brujas empresarial y no se considere a todo dependencia, el legislador dijo “en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

Por eso se ha señalado que, “a menos que se trate de un hecho público y notorio, quien pretende que no opere la presunción lo que debe probar es si ‘las circunstancias, las relaciones o causas’ motivadoras del contrato permiten tener por probado que la relación fue autónoma o que el supuesto trabajador es un empresario”.⁽²²⁾

Lo que no es interpretativo o discutible es que, si medió prestación de servicios la presunción opera.⁽²³⁾ Puesto que si sólo operara, tal como nos señala Diana Cañal, cuando el empresario la reconoce, ¿de qué serviría la presunción del art. 23 que sostiene: “El mandato normativo es claro: (...) el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”, salvo que se pruebe lo contrario y “...esa presunción

(22) CAÑAL, DIANA R., *Controversias en el Derecho Laboral. Análisis teórico-práctico. Jurisprudencia*, op. cit., p. 151.

(23) ETALA, CARLOS, op. cit., p. 92.

operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato?”

La jurisprudencia también se ha expedido al respecto señalando que:

“La exigencia de probar previamente la relación de dependencia para la aplicación de la presunción emergente del art. 23 de la LCT, no resulta en forma alguna del texto expreso de dicho artículo y tal interpretación violenta tanto la letra como el espíritu de la disposición legal, contradiciendo el principio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación que expresamente excluye aquella que equivalga a la prescindencia cierta de la norma aplicable, en tanto no medie declaración de inconstitucionalidad.”⁽²⁴⁾

Entonces, ¿a qué nos referimos cuando decimos que el “círculo dependiente” queda configurado con el art. 23? Pues bien, el orden de este trabajo en el análisis normativo no fue caprichoso, consideramos que debe tenerse en cuenta para determinar si una relación es o no dependiente, todo el complejo normativo señalado. A fines del año pasado, en igual sentido, la Sala VIII señaló que:

“Para determinar la naturaleza de una relación jurídica cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo —en el caso, el actor médico psiquiatra se desempeñó como titular del servicio de psicopatología para los afiliados al sistema de salud explotado por la demandada— se debe indagar si en la ejecución de la relación las partes se comportaron como lo harían un trabajador y un empleador, configurando de hecho una relación de trabajo (art. 22), presupuesto de la aplicación de la normativa laboral y, si subsiste la indefinición, la indagación debe dirigirse a la presencia de los presupuestos de operatividad de la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, esto es, la prestación de servicios personales en el marco de una organización empresaria ajena”.⁽²⁵⁾

(24) Cám. Nac. Trab., Sala X, 19/07/1996, en DT, 1996-B-3030.

(25) Cám. Nac. Trab., Sala VIII, “Farini Duggan, Héctor J. c/ Swiss Medical Group S.A.”, 12/03/2003, en DT, 2004-A-193.

Por tanto, no estamos diciendo que la ampliación de la presunción del art. 23 debe aplicarse de manera indiscriminada, sino que deben reunirse los requisitos señalados y en situaciones como las antes determinadas, pues "La presunción contenida en el art. 23 de la ley de contrato de trabajo tiende a prevenir o corregir situaciones de evasión de la normativa laboral, que opera incluso cuando se ha contratado utilizando figuras no laborales, si el sujeto que pretende se reconozca su calidad de trabajador no puede ser considerado como un empresario".⁽²⁶⁾

4 | Conclusión

El derecho no es estático, evoluciona, vive, se mueve, la consideración dinámica del derecho ya es mayoritariamente aceptada. Mucho más si de derecho del trabajo se trata: un derecho que constantemente se encuentra en cambio, no sólo por su gran actividad legislativa sino de interpretación.

El derecho ha de ser leído adaptado a la realidad, pero no sólo a la realidad fáctica, sino también a la realidad teórica generada por la normativa obligatoria y que conforma el orden público laboral. "Así, los requisitos de toda relación de dependencia no pueden ser hoy los mismos que al tiempo de la sanción y promulgación de la ley de contratos. El tipo de subordinación requerida por la misma hoy no resulta aplicable a todo tipo de vínculo, y ello es así porque las relaciones en sí ya no son las mismas".⁽²⁷⁾

La capacitación para lograr un puesto de trabajo cada vez requiere de mayor conocimiento técnico; instrucción que no necesariamente poseerá el empleador de la relación contractual. En la gran mayoría de cosas, quien genera una institución médica no posee, ni siquiera superficialmente, el conocimiento profesional médico; elabora su empresa desde el entendimiento de estar generando un servicio, por el cual querrá obtener ganancias.

(26) Cám. Nac. Trab., Sala VIII, "Farini Duggan, Héctor J. c/ Swiss Medical Group S.A.", 12/03/2003, en DT, 2004-A-193.

(27) Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 74, "Szwarc, Jorge Mario c/ Obra Social de los Supervisores de la Industria Metalmeccánica de la República Argentina (OSSIMRA) y otro s/ despido", Expte. n° 18.701/2000.

Precisamente por eso contrata a quien sí posee el conocimiento técnico profesional para cumplir con el servicio que la **empresa** presta, comprometiéndose el trabajador profesional médico a cumplir una tarea en forma continua, poniendo tanto como cualquier trabajador su fuerza de trabajo en favor de un tercero, el cual logra esa ganancia y le retribuye con una remuneración.

Acertadamente, ya la jurisprudencia nos ha enseñado que:

“A los efectos de demostrar la existencia de relación laboral, cuando de profesionales se trata, no cabe exigir la justificación de las notas tipificantes de la dependencia (técnica, económica y jurídica) con la nitidez que se exige para otras actividades ya que, cuanto menos, aparece atenuada en la medida en que dispone de una independencia que no desaparece aún desempeñándose en relación subordinada puesto que, la que importa, es la disponibilidad del trabajo profesional por parte de un tercero para el cumplimiento de los fines propios de la actividad organizada, la que la pone fuera de los límites del ejercicio de su profesión y la incluye dentro de los términos de un contrato de trabajo (en el caso, la actora trabajaba como médica en la sede de la obra social demandada, atendía sólo pacientes de dicha institución y recibía pagos mensuales como contraprestación por el trabajo realizado).⁽²⁸⁾

Si bien cuando se trata de trabajadores con conocimientos específicos del área que les compete, como en el caso de los profesionales, suele faltar fuerza a la nota de dependencia técnica (presente en otros contratos de trabajo), ello no implica, en modo alguno, que deba descartarse la existencia de una relación laboral. Porque es justamente esa capacidad de desenvolverse con independencia dentro del marco del área específica de sus conocimientos, el que constituye uno de los extremos tenidos en cuenta por el empleador a la hora de incorporar a su plantel este tipo de profesionales.⁽²⁹⁾

(28) Cám. Nac. Trab., Sala VI, “Seoane, María B. c/ Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles”, 22/11/2000.

(29) En igual sentido Cám. Nac. Trab., Sala IV, SD 70244, del 21/03/1994, “Esteve, Marcia c/ Int. Arg. del Riñón y Transplantes s/ despido”; Sala II, SD 70294, del 17/07/1992 “Fischer, Eduardo c/ Transportes Intercap SA s/ despido”.

Lo determinante, en estos casos es la subordinación con la empleadora, la integración a su estructura y la sujeción del profesional a las directivas de sus superiores.⁽³⁰⁾ "Por lo tanto, en materia de esta profesión, la idea de 'liberal' ha quedado rezagada al concepto de independencia técnica únicamente, convirtiéndose paso a paso más en una excepción que en una regla, que el médico que trabaja con un tercero lo haga como autónomo".⁽³¹⁾ Debemos aceptar que hace años ha desaparecido el médico de familia, aquél que, a través de los años se había ganado el respeto, la confianza y la amistad de toda la familia. La proliferación de atenciones médicas nacidas de la vinculación con un tercero, una institución, hospital, obra social, servicios de atención médica privados, llevan al desconocimiento por parte del enfermo del médico que irá a atenderlo y suele ser total cuando se trata de la elección por parte del paciente entre un número limitado de médicos de una cartilla.⁽³²⁾

Con todo esto, hemos mostrado que dos realidades juegan para interpretar la relación contractual descripta: una fáctica, cotidiana, descripta tanto por médicos como por abogados y que tan sólo puede observarse si usamos nuestros sentidos y salimos a la calle. La segunda, vinculada a todo un complejo normativo que nos obliga a interpretar los hechos de determinada manera, generando una realidad que no puede dejarse de lado sin caer en el incumplimiento de la norma. El art. 14 bis CN existe, tanto como el Principio de la Realidad, y los restantes Principios Generales del Derecho del Trabajo, todos y cada uno de nosotros elegimos la finalidad que pretendemos: acatar la norma o desoírla.

En todos y cada uno de nosotros está la decisión de hacer que el Derecho del Trabajo permanezca vivo como hasta ahora o desoírlo inaplicándolo hasta tal punto de dejarlo morir indefectiblemente.

.....

(30) Cám. Nac. Trab., Sala X, "Porcelli, Mariela c/ Inder Instituto Nacional de Reaseguros S.E. s/ Despido", 26/03/2001.

(31) Ver nota 27.

(32) ANUNZIATO, LUIS, op. cit., p. 27.

La responsabilidad en las obligaciones contractuales. Algunas precisiones necesarias

por ENRIQUE ARIAS GIBERT⁽¹⁾

I | Por una nueva lectura del contrato

En el contrato de trabajo, al igual que en muchos otros contratos, existen obligaciones que pesan —en razón de los vínculos que se anudan a su alrededor y por disposición de la ley— sobre sujetos distintos de aquellos que aparecen como signatarios del acto jurídico que da nacimiento a la relación contractual. Los ejemplos son innumerables, para ello recordar los efectos de la venta del inmueble locado que produce inmediatamente una cesión del contrato (con sucesión en la posición contractual de locador) del enajenante del inmueble al adquirente *ope legis*, con prescindencia de los efectos que quieran darle las partes. Del mismo modo, los efectos de la responsabilidad contractual también se extienden a otros sujetos como consecuencia de la existencia de redes contractuales. Ello

.....
(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).

importa analizar las relaciones entre los contratantes originales y estos otros sujetos, que pueden ir desde la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades si éstas han sido utilizadas como instrumentos para violar la ley o perjudicar a terceros (cuyo el ejemplo más claro es la utilización por la CSJN durante la restauración de la legalidad democrática de 1973, la *disregard of legal entity* en el caso "Swift Deltec"), o la existencia de inejecución maliciosa de las obligaciones emergentes del contrato que importan la responsabilidad de quienes actúan como órgano de la persona de existencia ideal en los términos de los arts. 36 y 43 CC, hasta incluso en los supuestos de dependencia empresaria por aplicación de la norma del art. 1113 CC.

De allí surge que la supuesta excepcionalidad del régimen contractual de responsabilidad establecido por LCT en los arts. 29, 29 bis, 30, 31, 225 y 229, no sea otra cosa que un argumento ideológico utilizado en los conflictos de intereses sociales contrapuestos propios de la democracia. La idea del contrato como el *do ut des* entre dos partes enfrentadas de modo igualitario, y cuyos efectos se realizan de modo instantáneo y transparente para las conciencias de los sujetos que pretenden obligarse, era una fantasía aún en tiempos del Código Napoleón pero, como tal, permitía la justificación de la reducción de la acción social del Estado al de la custodia de los pactos realizados entre particulares y a la custodia del orden establecido por la burguesía triunfante en su enfrentamiento (y posterior alianza en tiempos de la restauración monárquica) con la aristocracia.

La realidad contractual, ya desde el siglo XIX y con mayor fuerza durante el siglo XX, ha puesto en evidencia la falsedad de estos presupuestos, tanto en la teoría como en la práctica. No obstante, sigue siendo enseñado en muchas cátedras de nuestras universidades actuando como corset ideológico de lo pensable. Los puntos de falla del paradigma decimonónico en materia contractual son los siguientes:

1. El contrato que tiene en cuenta el paradigma contractual decimonónico es un acto jurídico aislado que agota sus efectos de modo inmediato con la consecución del objeto del contrato. El ejemplo más claro es la compraventa. Las partes nada se deben antes del momento de la contratación y nada más se deberán una vez realizadas las obligaciones mutuas asumidas.
2. Sin embargo, el modelo ideológico de la compraventa se encuentra en crisis en el propio negocio de la compraventa. Cada vez, con mayor frecuencia,

la compraventa no es un acto aislado, sino un acto a repetición que puede dar lugar a contratos complejos como el de distribución o concesión comercial o, incluso, por la sola sucesión de actos repetidos de compraventa, la creación de expectativas jurídicas sólidas respecto de la repetición de conductas. De este modo, el contrato de compraventa, en principio aislado, tiene una significación jurídica que lo excede. Imagínese el supuesto de un vendedor de insumos necesarios para la producción que se niegue, arbitrariamente, a continuar contratando. En el paradigma decimonónico, ello es la libertad del vendedor. En el paradigma que se viene afirmando con mayor intensidad desde finales del siglo XIX, la negativa injustificada de venta lleva a analizar las expectativas creadas, las situaciones del mercado y la posibilidad del abuso de la posición dominante. De allí que el acto jurídico va a expresar su significación propia en las relaciones contextuales que lo rodean.

3. En similar situación a la anterior, se encuentran los supuestos en los que la relación contractual anudada entre dos sujetos tiene como presupuestos las relaciones contractuales que uno u ambos tienen respecto de otros sujetos, en principio ajenos al contrato en análisis, pero cuyas vicisitudes han de afectar los contenidos de la relación contractual. Por ejemplo, en la relación entre el franquiciado y el franquiciante se tiene en cuenta un contrato de exclusividad entre el franquiciante y otro proveedor respecto de un insumo de una particular calidad en el mercado. Los efectos de la ruptura del contrato entre el franquiciante y el proveedor pueden, indudablemente, afectar la relación de intereses entre franquiciante y franquiciado. Las situaciones descritas en éste y en el apartado anterior dan cuenta de la necesidad de analizar los contratos no sólo como actos aislados sino también como redes contractuales.
4. Esta ruptura en la inmediatez del objeto lleva a la distinción entre el contrato como acto jurídico fuente (y, como tal, instantáneo) y la relación contractual que se prolonga en el tiempo, y que se puede considerar como el momento de cumplimiento del objeto contractual (el para qué se ha realizado el contrato). Por ejemplo, en el contrato de locación de inmueble, el contrato como acto jurídico se produce en el instante en que se produce el acuerdo de voluntades. Sin embargo, el objeto de la contratación se realiza en el tiempo, generalmente mediando un lapso entre el contrato y el inicio de la relación que cumple el objeto de la contratación. Antes del inicio de la relación existen obligaciones contractuales (la de entregar el inmueble en locación, entre ellas) y, luego de agotada la relación contractual, surgen otras obligaciones contractuales (la de entregar la cosa dada en locación entre ellas). Ésta es la distinción entre contrato y relación, que señala con tanta claridad Centeno en los arts. 21 y 22 LCT. Precisamente por esta razón puede existir un contrato de trabajo sin relación contractual (art. 24 LCT), pero no a la inversa.

5. Al contrario de lo que expresa el imaginario decimonónico, las cláusulas contractuales no son transparentes a la conciencia, sino que sus contenidos obligacionales les pueden ser absolutamente desconocidos. Esto es lo que señalaba con tanta claridad el Codificador en el art. 1198 CC originario respecto de las obligaciones implícitas de los contratos. Curiosamente, la reforma por regla estatal 17.711 importa un regreso al siglo XIX cuando indica que el contrato obliga a lo que las partes verosímilmente entendieron, o pudieron entender obrando con cuidado y previsión. En el momento en que un pasajero asciende al colectivo y paga su importe, difícilmente tenga siquiera conciencia de estar celebrando un contrato. Menos aún entendió o pudo entender que ello implicaba la obligación de seguridad del transportista. En la generalidad de los casos los contratantes conocen el objeto de la contratación, pero no tienen en cuenta la totalidad de los determinantes jurídicos (el contenido del contrato) que harán eventualmente nacer obligaciones. Afortunadamente, el legislador de 1974 mantuvo el principio de la obligación implícita en el art. 67 originario del LCT que la reforma de 1976 no afectó: "Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo...".

Para resumir, en la interpretación del contrato debe tenerse en cuenta que su significación no viene determinada por contenidos de conciencia sino por la determinación de:

1. El objeto del contrato (es decir, la causa de la contratación) que ha de determinar tanto la tipicidad del contrato como la existencia de una multiplicidad de contratos, o la existencia de uno solo presentado como multiplicidad (vgr. la diferencia entre múltiples contratos de compraventa y un contrato de provisión de insumos).
2. El contenido del contrato (es decir, el marco jurídico que regula la contratación) que va a determinar tanto la acción imperativa de la ley (la determinación de la nulidad de determinados contenidos como en nuestro caso lo hace la norma del art. 7 LCT), y la función supletoria de la ley en el supuesto de falta de enunciación válida de contenidos necesarios (por ejemplo, si en el contrato de trabajo nada se dijera sobre los efectos del despido).
3. Los efectos del contrato, es decir las obligaciones que de él nacen. En este sentido no puede olvidarse que la norma del art. 1 LCT no hace referencia a las fuentes del derecho del trabajo, como habitualmente se lo analiza sino a las fuentes del contrato y la relación de trabajo, es decir a las fuentes que determinan los contenidos del contrato entre las cuales la voluntad de las partes es sólo una de ellas. Las obligaciones (el efecto del contrato de trabajo) es el resultado de la actuación de contenidos válidos del contrato.

A su vez, la significación jurídica de un contrato va a ser consecuencia de las tres operaciones jurídicas contractuales (tipificación, interpretación e integración).

1. Tipificación: consiste en la determinación del tipo contractual que, aún en los contratos de tipicidad no imperativa, importa prescindir de las declaraciones de las partes. La tipificación actúa fundamentalmente sobre el objeto del contrato.
2. Integración: consiste en la determinación de los contenidos que impone el contrato cuando estos no han sido enunciados por las partes o la enunciación carece de validez.
3. Interpretación: Es la asignación de sentido al negocio jurídico, que tiene en cuenta los signos textuales y contextuales que operan también como resultado de los procesos de tipificación e integración.

Como señala Messineo:⁽²⁾

“... es de uso común en la jerga de la práctica, la expresión ‘relación contractual’ (...) la expresión ‘relación contractual’ para adquirir un sentido legítimo debe resolverse en la de ‘relación obligatoria que nace del contrato’, reconociendo en ella una expresión elíptica, que bien puede justificarse por la ventaja que ofrece su brevedad”.

Todas las obligaciones que nacen del negocio constitutivo son contractuales, aun así se tornen exigibles luego de finalizada la relación jurídica que se tuvo en vista constituir al momento de la contratación. En este orden de ideas, cuando se produce el despido o la renuncia, no se extingue el contrato, sino la relación jurídica constituida mediante el contrato. Volviendo a Messineo:⁽³⁾

“En un solo caso es concebible el contrato como relación jurídica: cuando es de ejecución continuada o periódica e involucra reiteración de actos ejecutivos por parte de los contratantes. Entonces debe admitirse que el contrato, además de negocio,

.....

(2) MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires, El Foro, 1986.

(3) MESSINEO, FRANCESCO, *op. cit.*, p. 45.

es una relación que dura, y dura para disciplinar la obligación en sus múltiples fases de cumplimiento”.

Del mismo modo que es fácilmente comprensible la existencia de un contrato de trabajo sin relación de trabajo, hipótesis regulada expresamente en el art. 24 LCT, no es concebible la existencia de una relación sin contrato de trabajo. El carácter voluntario de la relación de trabajo definida por el art. 22 LCT (esto es, que se ha ingresado en ella por parte de los sujetos que la integran con discernimiento, intención y libertad), excluye la posibilidad de existencia de cualquier relación de trabajo no voluntaria.

En la medida que exista un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones, existe un contrato. El contrato —en tanto acuerdo de voluntades— no puede ser confundido, ni con el soporte documental o verbal en el que se expresa el consentimiento, ni con las cláusulas expresas de la contratación.

No constituye relación de trabajo el servicio militar obligatorio (aun cuando existe una organización empresarial ajena y el pago de una remuneración) o el trabajo de los reclusos. Estos supuestos de trabajo forzoso impuestos por una norma distinta del contrato no son el presupuesto de la relación de trabajo disciplinada por la ley.

Los límites a la facultad de contratar de las partes impuestos por el orden público no hacen desaparecer el contrato. La limitación de alguna de las libertades contractuales no conspira contra la naturaleza contractual de la relación. Es que el contrato en general (aún el contrato dispositivo civil) siempre opera dentro de los límites que a cualquiera de las libertades contractuales imponga el orden público.

Por el contrario, si faltan los elementos esenciales constitutivos del contrato, no es posible establecer una relación laboral válida. El asentimiento a que una persona trabaje en un establecimiento es contrato. Aun así, si existiera exceso en los poderes de quien admite al nuevo trabajador, la situación no dejaría de ser contractual, ya que quien aparece como suficientemente facultado para representar al empleador obliga a éste en los términos del art. 36 LCT.

Los cuestionamientos a la naturaleza contractual de la relación de trabajo tienen como fundamento la afirmación relativa a la falta de libertad que

pesa sobre el trabajador para celebrar el contrato debido a la hiposuficiencia que lo afecta. De allí que se preconice el pasaje del contrato al estatuto.

Pero esta crítica al modelo contractual clásico fundado "... *sur la fiction de deux parties idéalement libres, égales, aptes à aménager leurs rapports en toute équité*",⁽⁴⁾ no pone de manifiesto la falta de adaptación de las figuras contractuales a las relaciones de trabajo, sino la falacia en la que se funda la ideología contractualista decimonónica. De allí que quienes sostienen como particularidad del contrato de trabajo que éste sea un contrato legalmente intervenido muestran la realidad de un pensamiento colonizado por la ideología liberal. Todo contrato, en tanto acto jurídico, es un procedimiento legal de creación de efectos jurídicos. El contrato no obliga sino en la medida que la ley reconoce la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades, reconocimiento que no es una constante histórica como lo demuestra, sin ir más lejos, el derecho romano clásico.

No se contrata por ser idealmente libre, sino por la existencia de una necesidad, es decir, de una falta. El contrato siempre llama a la cooperación de otro que da lo que no tengo y deseo. En consecuencia, en términos ideales, el contrato nunca es fruto de la libertad sino de la necesidad.

Cuando la libertad aparece expresada como requisito de la voluntad en el acto jurídico, no es una libertad ideal; no se trata de sujetos ajenos a las constricciones de la vida y de la sociedad. Si compro una casa es porque no puedo apropiarme de ella y repeler los intentos de reivindicación. La libertad jurídica en términos concretos se manifiesta por la ausencia de constricciones ilícitas. Pero la contratación supone todo un marco de constricciones que definen lo jurídico y lo ilícito, así como las posiciones relativas en la estructura social y los modos de representarse y circular los bienes simbólicos. Libertad en términos de teoría de los actos jurídicos es simplemente la ausencia de constricciones antijurídicas de acuerdo a la legalidad vigente en una sociedad y en un tiempo dado.

.....

(4) Sobre la ficción de dos partes idealmente libres, iguales, aptas para arreglar sus relaciones en toda equidad. Ver COUTURIER, GERARD, *Droit de Travail*, París, Presses Universitaires de France, 1996.

Por tanto, los sujetos no se vinculan en lazos jurídicos por la “autonomía de la voluntad” que, para Ghestin es mera fraseología pseudokantiana,⁽⁵⁾ sino por una decisión de política social que importa la afirmación de un sistema de derecho por parte de una comunidad organizada. De allí, que la responsabilidad emergente de vínculos contractuales por parte de terceros no constituye el efecto de una voluntad que quiere obligarse (hipótesis improbable salvo supuestos de masoquismo), sino la consecuencia legal que resulta de un negocio querido, sea éste celebrado con quien resulta acreedor o con un tercero.

2 | La solidaridad en las obligaciones emergentes de los contratos y las obligaciones del empleador

Durante mucho tiempo se consideró que la solidaridad que establecía la LCT no era idéntica a la solidaridad establecida por el Código Civil sin fundamento legal que lo avale. Esta sinrazón jurídica tuvo su fin en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo por efecto de la doctrina legal dictada en el plenario N° 309 en los autos: “Ramírez, Maria Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro s/Despido”, en la que se estableció que era aplicable al Régimen de Contrato de Trabajo la regulación que, de las obligaciones solidarias, realiza el art. 705 CC.

Se rompía así uno de los maleficios de una concepción regresiva del derecho del trabajo, a la que se podría calificar de insular consistente en aislar el régimen jurídico laboral del resto de las instituciones del derecho argentino. Bajo la cobertura de esta concepción, se trató de negar a los trabajadores el acceso a los derechos que, para los demás ciudadanos, importa el régimen de los contratos. La falta de precisiones respecto de los aspectos sobre los que juega la solidaridad emergente de los contratos

.....

(5) “En realidad, es bajo la forma de un kantismo difuso, simplificado, deformado, concebido como la teoría por excelencia del individualismo jurídico, asociando deber y libertad, que se manifiesta la influencia de Kant (...) una tintura de kantismo donde la autonomía de la voluntad se encuentra entre los elementos más accesibles constituyendo así un componente de la cultura común en la época donde el concepto jurídico de autonomía de la voluntad apareció en la doctrina jurídica”. Ver GHESTIN, JACQUES, *Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1998, p. 22.

llevó a algunos a sostener la validez de la inscripción de la relación laboral por parte de quien no es empleador. De este modo, la utilización de la solidaridad sin las distinciones necesarias hace posible eludir las consecuencias de una tercerización fraudulenta por efecto de interposición de personas. Esta disputa se ha solucionado adecuadamente en el plenario N° 323 en los autos: "Vazquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro", al resolverse que: "Cuando de acuerdo con el primer párrafo del art. 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el art. 8 de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria". Sin embargo, las razones esgrimidas por la mayoría no han sido suficientemente explicitadas en el citado plenario. En particular, no se discutió adecuadamente la tesis de la minoría, en tanto se sostuvo la naturaleza de deudor solidario de la persona interpuesta respecto del real empleador.

En este punto, es necesario señalar con claridad que las obligaciones que asume el empleador en el contrato (sea por efecto del art. 29 o del art. 30 LCT), no son idénticas a las que asume quien ha sido considerado por el legislador como responsable solidario. No se trata de que las obligaciones y derechos del empleador sean personalísimas. Generalmente estas obligaciones y derechos los ejerce el empleador mediante otros dependientes o agentes a su servicio, inclusive la obligación de registrar la relación laboral que es habitualmente encomendada a contadores. La diferencia radica simplemente en que no es lo mismo la obligación contractual que la obligación resarcitoria emergente del incumplimiento contractual.

La obligación contractual, por ejemplo, establece la obligación de pagar el salario mensualmente hasta el cuarto día hábil del mes siguiente. Esta obligación está a cargo del empleador y, respecto de ella, debe advertirse que no media otro factor de atribución que el título, es decir, los contenidos del contrato. El empleador no debe por culpa ni por haberse enriquecido con el trabajo ajeno (de hecho, el trabajador pudo haber estado en licencia por enfermedad en el período en cuestión), simplemente debe porque así lo estipula el contrato. Ahora bien, si el empleador no pagara la obligación al momento de producirse el plazo de cumplimiento, lo que se reclama ya no es la obligación contractual (que fue incumplida) sino la indemnización por el incumplimiento de la obligación en término.

Esto es mucho más fácil de ver en las obligaciones de hacer o de no hacer puestas por el contrato en cabeza del empleador. Por ejemplo, en un supuesto subsumido en la norma del art. 30 LCT, quien tiene la obligación de cumplir con el débito de dar tareas es el empleador, no el responsable solidario, pero las consecuencias del incumplimiento del empleador son aplicables al responsable solidario. En definitiva, la situación es similar a la del fiador solidario en un contrato de locación: quien tiene derecho a habitar el inmueble con la obligación de cuidado es el locatario, no el fiador, no obstante lo cual los efectos del incumplimiento pueden ser dirigidos indistinta o conjuntamente al fiador o al locatario.

Lo mismo sucede en el contrato de trabajo. Quien tiene la potestad de ejercer los poderes empresarios es el empleador (con la excepción del supuesto del art. 29 *bis* LCT, en todos los demás casos la figura de empleador y empresario coinciden) no el responsable solidario, pero ambos responden promiscuamente por el ejercicio abusivo del derecho. Esto también puede ser visto en relación a los supuestos del art. 225 LCT: quien tenía la obligación contractual de abonar los salarios antes de la transferencia era el transferente del establecimiento (es decir, el cedente *ope legis* del contrato de trabajo), pero luego de la transferencia son responsables por la indemnización tanto el cedente como el cesionario del contrato de trabajo.

2.1 | La solidaridad en la hipótesis de transferencia de establecimiento o de la relación

Para que exista transferencia es menester la sucesión legal o negocial en el contrato entre dos empleadores sucesivos. En este punto es necesario evitar un desplazamiento semántico. La cesión del contrato no sólo funciona por efecto de un negocio expreso entre sujetos. El contrato no es el documento escrito sino el efecto del acuerdo de cooperación en relación a un objeto contractual que bien puede ser verbal o incluso tácito. Por tanto, no se debe buscar como causa el contenido de un acuerdo al que el trabajador es ajeno (en tanto contratante cedido) sino en el efecto. Esto y no otra cosa es lo que exige el art. 225 LCT, cuya redacción literal es tantas veces pasada por alto:

“En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquéllas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven”.

La norma no se pregunta por el tipo de acto jurídico, sino por el resultado: a) la existencia de un establecimiento pasible de identificación en dos situaciones de tiempo distintas; b) La titularidad del establecimiento por dos sujetos distintos en esas dos situaciones temporales.

La doctrina sacralizada con posterioridad a 1976 para desactivar los efectos del Régimen de Contrato de Trabajo, aún mutilado, recurrió a dos absurdos jurídicos a los que sólo el efecto del terror a lo ominoso de la noche dictatorial y sus efectos en el tiempo manifiestos en el pensamiento único de los '90. El primero de ellos, la llamada novación contractual, un auténtico oxímoron, ya que la novación es un modo de extinción relativo a las obligaciones, no a los actos jurídicos, por lo que mal podría novar el contrato de trabajo. Y, por otra parte, al introducir la idea de novación se introduce la idea de extinción, por lo que la norma del art. 225 LCT vendría a ser una sutura de esa discontinuidad. Por el contrario, el término técnico utilizado por el legislador de 1974 pone de resalto tanto la preminencia de la continuidad de la relación contractual como su no excepcionalidad.

El segundo argumento es la exigencia de un vínculo contractual directo entre transferente y cedente. Como ya se ha venido señalando la norma no exige ello en modo alguno, sino la existencia de identificación de establecimiento en dos tiempos distintos y la titularidad del mismo en cada uno de esos momentos por un empleador distinto. Lo que se requiere es la concurrencia diacrónica de dos empleadores sobre un establecimiento. Por otra parte, la existencia del vínculo contractual no es equivalente a dos sujetos que deciden obligarse en este aspecto sino que es el efecto de las relaciones contractuales que puede ser directa o indirecta. La diferencia entre las normas de los arts. 225 LCT y siguientes no es la existencia de un vínculo contractual directo o indirecto sino que, la norma del art. 30 LCT se

refiere a una relación sincrónica en la que quien cede el establecimiento o la actividad mantiene una titularidad eminente sobre el establecimiento, por lo que nada impide la aplicación a una misma situación jurídica de la normas de los arts. 30 (entre el titular eminente y el empleador) y 225 (entre los sucesivos empleadores que reconocen la eminencia del primero).

Al respecto, resulta necesario recordar que, como señala Lorenzetti,⁽⁶⁾ actualmente se entiende a la cesión del contrato como un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, que consiste en un único negocio traslativo del complejo de derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte y que se encuentran unidos por la posición contractual.

“La cesión de la posición contractual fue difícil de comprender para los estudiosos. Originariamente hubieron posiciones atomistas, que entendieron que había una cesión de créditos, más una cesión de deudas, consideradas aisladamente, sin tener presente la unidad de causa y de objeto que las conecta. Para superar este obstáculo se consideró que había una cesión de créditos y de deudas coligados, es decir una unión de contratos compleja. Sin embargo, actualmente no se duda de que se debe considerar a la cesión de contrato como un instituto distinto de la cesión de créditos o de deudas, que consiste en único negocio traslativo del complejo de derechos y deberes que están adheridos a la calidad de parte y que se encuentra unidos por la posición contractual. Por ello se ha dicho que “en la cesión de la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, la cesionaria adquiere el rango de parte contractual con sus posiciones activa y pasiva en las prestaciones recíprocas; en tales condiciones, el contratante⁽⁷⁾ cedido no es parte, limitándose a dar su asentimiento”.

“... en el contrato de cesión participan el cedente y el cesionario solamente, pero para que se produzca la cesión del contrato, se requiere la participación del cedente-cesionario y del contratante

(6) LORENZETTI, RICARDO A., *Tratado de los Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, tomo II, p. 90.

(7) LORENZETTI, RICARDO A., op. cit., p. 90.

cedido; por ello, la cesión de la posición contractual se configura como un negocio trilateral, puesto que es celebrado por el cedente, el cesionario y el otro contratante que consiente para liberar al cedente. La cesión del contrato se distingue claramente de la subcontratación. En ambos hay una modificación subjetiva de una de las partes del contrato pero tienen efectos diferentes. En la cesión se transmite la posición contractual con liberación del cedente, pasando el cesionario a ocupar su lugar: no hay extinción del contrato ni de la obligación, no hay un contrato nuevo ni uno derivado, simplemente hay una transmisión; por esta razón el cesionario actúa como acreedor directo contra la otra parte contractual y no precisa de acciones oblicuas. En cambio, en la subcontratación hay un contrato derivado unilateralmente: es otro contrato sin desplazamiento del primer contratante; hay acción directa en virtud de que debe saltarse la posición intermedia que ocupa el contratante no liberado.⁽⁸⁾

De ello surge que las condiciones contractuales continúan invariantes, aun en caso de la falta de disposición específica por acción de la normativa de derecho común y que, frente al negocio de cesión, el contratante cedido del contrato originario no es parte. También demuestra la clarividencia del legislador de 1974 en la época en la que Isidoro Goldemberg todavía podía decir que el derecho laboral era un derecho civil de avanzada.

Si existe la transferencia de una unidad técnica o de ejecución de un sujeto a otro (y, en el caso, la ausencia de prueba perjudica a quien estaba en mejores condiciones de probar la realidad de la contratación habida), por cualquier título se ha configurado la hipótesis del art. 225 LCT. Sobre todo cuando, como en el caso, interviene el acto propio del demandado que da pábulo a la tesis de transferencia de la unidad productiva como tal. Ello no es resultado de la voluntad de las partes sino efecto de la tipicidad negocial en juego.

En estos supuestos resulta muy claro que la obligación contractual de dar, hacer o no hacer pesa exclusivamente sobre el empleador originario. El cumplimiento del débito contractual no puede ser exigido al empleador

(8) LORENZETTI, RICARDO A., op. cit., pp. 100/101.

futuro. Pero ello no importa eximirlo de la solidaridad respecto de la acción resarcitoria (contemplada por el art. 505, apartado 1 CC) por esas obligaciones de las que no era obligado.

La situación respecto del art. 229 LCT es similar, con la salvedad que el cedente de la relación laboral se ve obligado a responder por obligaciones emergentes de acciones resarcitorias posteriores a la cesión de la relación laboral. En este caso puede verse con más claridad que la obligación contractual (por ejemplo, la obligación de dar tareas) no es exigible al cedente de la relación una vez cedida pero, a su vez, es responsable solidario frente a la obligación resarcitoria emergente del incumplimiento contractual.

2.2 | Las hipótesis sincrónicas. Arts. 26, 29, 30 y 31 LCT

En estas hipótesis se analiza la relación de los sujetos en un mismo tiempo respecto del contrato de trabajo. En estos casos es menester señalar adecuadamente al empleador que, como se viene señalando, es el obligado al cumplimiento contractual, mientras que quienes no son empleadores son obligados solidarios respecto de las obligaciones resarcitorias emergentes del incumplimiento contractual.

En el caso del art. 26 LCT (empleador múltiple) no se trata de una obligación solidaria como los contemplados en las restantes hipótesis, sino de una serie de personas que ocupan a un tiempo la posición de empleador frente al trabajador. Las obligaciones que tiene este sujeto contractual complejo, compuesto por varias personas de existencia visible o ideal, no son propiamente obligaciones solidarias, sino obligaciones indivisibles. Por ello, la obligación de dar tareas o de dar sumas de dinero es cumplida por todos ellos, cuando uno de ellos la cumple. Precisamente por ello, a los fines del cumplimiento del art. 7 de la ley 24.013, una relación laboral sólo está adecuadamente registrada si quien registra no es una de las personas que integran el sujeto contractual compuesto. Las obligadas al registro son todas ellas en tanto conforman al empleador (sujeto pasivo de la obligación de registro). Obviamente todos ellos responden por las consecuencias de la obligación contractual, pero ello no es consecuencia

de la solidaridad, sino de la indivisibilidad de la obligación contractual incumplida.

El supuesto regulado por el art. 29 LCT es el de la persona interpuesta como agente de contratación o de pago. Como se ha señalado con anterioridad, las figuras de empresario y empleador son coextensivas, con la salvedad de los supuestos legítimos de utilización del art. 29 bis LCT. Precisamente la divergencia no legitimada entre las figuras de empleador y de empresario, tal como se presentan en la contratación, son los supuestos que permiten considerar al empleador aparente como persona interpuesta. Por ello es menester que los medios materiales, inmateriales y personales sean medios adecuados para el fin lucrativo o benéfico. De no mediar esta relación adecuada entre medios y fines se encuentra el síntoma más claro de la interposición de persona. En estos supuestos, el empleador real no es el aparente y sobre él pesan las obligaciones contractuales, sin perjuicio de la solidaridad del empleador aparente respecto de las consecuencias de la inejecución contractual. Por este motivo, la inscripción no puede ser válidamente realizada o el certificado no puede ser entregado por el deudor solidario, ya que se trata de obligaciones del contrato que asume directamente el empleador (art. 7 de la ley 24.013). Ello, sin perjuicio del carácter solidario que asiste a la obligación resarcitoria emergente del incumplimiento contractual.

De modo análogo se aplica la situación a los supuestos del art. 30 LCT, pues cuando la empresa a quien se cedió total o parcialmente el establecimiento, o se le subcontrató la actividad principal del mismo, es una empresa real (en la que los medios se adecuan a los fines), quien tiene las obligaciones contractuales es el empleador (es él quien debe pagar salarios, dar ocupación, etc.), sin perjuicio de la obligación de control del principal (obligación contractual en términos del art. 504 CC respecto del trabajador). Pero ello no obsta al carácter solidario de la obligación resarcitoria del incumplimiento contractual.

Finalmente, el art. 31 LCT analiza el supuesto de utilización fraudulenta del grupo económico. Aquí debe señalarse que no se trata de la responsabilidad de los sucesivos sujetos integrantes del grupo económicos que pudieran, por ejemplo, haber segmentado fraudulentamente la antigüedad del trabajador. Para combatir ese supuesto basta la hipótesis

del art. 229 LCT. Se trata de la responsabilidad de otras personas integrantes del grupo que jamás fueron empleadoras del trabajador. Una vez más queda demostrado que la solidaridad a la que se alude no es la que surge de las obligaciones contractuales directas (puestas en cabeza de trabajador y empleador), sino de la obligación resarcitoria o multas emergentes del incumplimiento contractual.

3 | Conclusiones

1. Todas las obligaciones contractuales, salvo los supuestos especiales regidos por la norma del art. 504 CC, se establecen entre los sujetos del contrato: trabajador y empleador.
2. Frente al incumplimiento contractual, la ley llama a un sujeto para que responda solidariamente por las consecuencias del incumplimiento, sea en el marco de una acción resarcitoria o de una multa.
3. Por tanto, por las consecuencias del incumplimiento se puede reclamar indistintamente al empleador o al obligado solidario.
4. Utilizando la distinción que hace la doctrina alemana respecto de las obligaciones emergentes de los actos jurídicos, el empleador es quien tiene el deber jurídico de cumplirla (*schuld*), pero la responsabilidad por la inejecución (*haftung*) pesa tanto sobre el empleador como sobre el sujeto establecido por la ley para responder solidariamente junto con el incumpliente.
5. Por tanto, el responsable solidario no puede válidamente ni otorgar certificados ni inscribir la relación laboral, sin perjuicio de que las multas, sanciones conminatorias o acciones resarcitorias pesen solidariamente frente a ambos sujetos.

Se deja para una ocasión posterior, por razones de espacio y de tiempo, el análisis de la responsabilidad por la autoría en el marco de los incumplimientos contractuales y los actos ilícitos en el ámbito del contrato de trabajo que —a diferencia de los aquí indicados— importan la violación de un deber propio por parte del responsable solidario.

El trabajo no registrado: una de las causas del colapso de la justicia laboral

por **MARINÉS DOLORES BABUGIA**⁽¹⁾

El trabajo no registrado o en negro representa uno de los grandes clásicos de la justicia laboral.

La gran batería de normativas antievasión no parecen alcanzar los altos objetivos que la inspiraron; tampoco logran bajar los índices actuales de este flagelo.

Una de las causas que motivan la denuncia del contrato de trabajo es la deficiente o inexistente registración de los trabajadores, lo que configura así una de las principales injurias laborales proferidas por los empleadores a los trabajadores.

La Ley Nacional de Empleo 24.013 (LNE) establece en su art. 7 las condiciones para que un trabajador esté debidamente registrado y, a través de los arts. 8, 9, 10 y 15, castiga al empleador incumplidor como único responsable del trabajo en negro y de un trabajador deficientemente registrado.

.....

(1) Abogada. Prosecretaria de la Segunda Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza. *Magister* en Derecho Laboral de la Universidad del Aconcagua (UNTREF). Profesora del Aula Virtual del Poder Judicial en el marco de la carrera de Escribano Actuario, en la materia "Derecho Laboral". Profesora de la Universidad de Congreso en el cargo de JTP de la materia "Obligaciones Civiles y Comerciales". Coordinadora y ponente en el "IV Congreso de Derecho Laboral y Relaciones Internacionales", celebrado en la Provincia de Mendoza, en octubre de 2012.

Esta ley es complementada por la ley 25.323, publicada el 11/10/2000. Su texto comprende dos artículos que regulan situaciones distintas que determinan los aumentos indemnizatorios previstos y exige como requisito fundamental, para la procedencia de la indemnización allí establecida, el cese del vínculo y la no intimación o su rechazo por no cumplir con los requisitos establecidos en el art. 11 de la LNE; en cambio la ley 24.013, exige la vigencia de la relación.

Ambas normas hacen las veces de paliativos para combatir esta problemática.

Por su parte, la ley 25.345 llamada "antievasión" comenzó a regir a partir del 26/11/2000 y su objetivo es prevenir la evasión fiscal. La ley introduce modificaciones en la ley de contratos de trabajo (arts. 15 y 80) e incorpora el art. 132 *bis*. Esta ley es una fuerte normativa sancionadora para multar a aquellos evasores: todas las sanciones previstas en ella sirven como verdaderas penas ejemplificativas para aquellos empleadores que defraudan al Estado evadiendo sus responsabilidades y defraudan a la ley laboral en desmedro de los trabajadores.

La registración deficiente acarrea la insuficiente o incompleta confección del certificado de trabajo y servicios (art. 80 LCT), lo que necesariamente trae aparejado como correlato la multa contenida en ese artículo.

La problemática, además de incidir en la economía de un Estado y en las futuras jubilaciones de los afectados —quienes no tendrán sus aportes ingresados—, genera un desgaste jurisdiccional exponencial, en razón de que en muchos casos el exacerbado monto de las multas antes referidas alienta la iniciación prematura de causas judiciales a los fines de percibir tales indemnizaciones, sin importar en muchos casos la continuidad de la relación laboral ya que, comparado el módico sueldo mensual del trabajador con las liquidaciones practicadas al efecto indemnizatorio a las que podría arribar, termina definitivamente haciendo se incline por la ruptura del vínculo antes que por la recomposición del mismo.

Claro está que la "aparente elección" surge ante un incumplimiento previo del empleador, que es objetivamente quien en definitiva da origen a esta problemática, con independencia de los motivos por los que decidió evadir el sistema en la contratación laboral.

Héctor Recalde, expresó: "El empleador es el dueño de la fuente de empleo y puede disponer de ella abonando una indemnización escasa(...) fija horarios, tiene un poder de dirección con reducidos límites(...) puede celebrar contratos por tiempo determinado, eventuales, de temporada, de plazo fijo ...".⁽²⁾

En los últimos tiempos, con las diversas reformas laborales, se han derogado muchas disposiciones que, en definitiva, lo único que hacían era favorecer la marginalidad y el miedo de los trabajadores a perder el trabajo. A este respecto el prestigioso magistrado, Dr. Capón Filas, en el marco de la presentación de una prestigiosa obra del Dr. Recalde, expresó: "La modernidad pretendida no es otra realidad que la explotación de los trabajadores, ¿qué país serio quiere esa situación?"⁽³⁾

La falta de registración representa un mal que perjudica al trabajador negándole sus derechos laborales, previsionales y fiscales ya que, además de la desprotección y precarización a que se somete el trabajador dependiente, se elude tanto el pago de aportes y contribuciones como de cargas fiscales que afectan el equilibrio y recaudación de los entes.⁽⁴⁾

El trabajo en negro o no registrado es la omisión del empleador de registrar a sus dependientes bajo las prerrogativas establecidas por la ley, lo que actúa en franca contradicción a los principios del derecho laboral, y produce efectos negativos en el sistema económico de una sociedad.

Se imputa los elevados impuestos al trabajo como la principal causa y estímulo para la evasión y las elevadas indemnizaciones que corresponden a los trabajadores al ser despedidos.

Las causas del trabajo en negro son de índole económica, política y social; son producto de la aceptación e imposición de una práctica común entre los distintos actores de esta problemática, si bien en esa paradoja incide determinado sistema político-económico de gobierno, como así también

(2) RECALDE, HÉCTOR, *Reforma laboral: Flexibilidad sin empleo*, Bs. As., Ed. Organización Mora Libros, 1994, p. 206.

(3) RECALDE HÉCTOR, op. cit., p. 13.

(4) DE DIEGO, JULIÁN, *Manual de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000, p. 49 y ss.

la cultura y educación de la ciudadanía, que en determinadas circunstancias es presa de crisis de principios y valores.

“En esa relación desproporcionada y desigual que mantiene un trabajador no registrado con su empleador no sólo se encuentra con el desamparo ante un futuro en el que no se encuentran los aportes realizados, sino también con un presente donde el menor reclamo signifique la pérdida del empleo, con las consecuentes dificultades posteriores para obtener un subsidio por desempleo, un nuevo empleo, la prueba de la existencia del vínculo a los efectos de un posible reclamo, etc.”⁽⁵⁾

Todas estas cuestiones, que los particulares no pueden resolver, terminan necesariamente ventiladas en los ámbitos judiciales, donde se logra la culminación o la definición de una contienda, pero un veredicto no puede erradicar una problemática que genera cada día nuevos conflictos laborales.

No caben dudas que el trabajo en negro o mal registrado constituye una de las principales causas del alto índice de litigiosidad que colapsa la justicia, no sólo a nivel provincial sino también a nivel nacional.

La gran cantidad de causas existentes genera lógicamente retardo en la resolución de los conflictos y ello conlleva a que el sistema judicial del trabajo pierda su objetivo central: hacer efectiva, de manera pronta y certera, la concreción del principio protectorio (art. 9 de la LCT), de irrenunciabilidad (art. 12 de la LCT) y de igualdad entre otros, los que no sólo deben patentizarse en la sustancia del derecho laboral, sino en el procedimiento que deben seguir los trabajadores para cobrar sus créditos laborales, de naturaleza eminentemente alimentaria.

Los jueces del trabajo deben actuar como gestores del orden y la paz, deben tener sensibilidad social, compromiso y no puede estar aislados de la situación real en que se desarrollan los conflictos laborales y obviar sus consecuencias como tampoco pueden renunciar conscientemente al deber moral de administrar justicia.⁽⁶⁾

.....

(5) CNT, sala VI, sentencia N° 39.045 del 15/09/1993 “Tomasoni, Patricia A. c/ Vendrell Alda S.A. s/ Despido”.

.....

(6) Ver revista *Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, n° 52, 2011, p. 42.

Sin dudas, la evitación y prevención de este flagelo bajaría el alto índice de litigiosidad en materia laboral que aqueja al país.

Para comprender en profundidad el tema, puede efectuarse una primera aproximación y decir que no sólo se trata de leyes antievasión, sino más bien de un pensamiento colectivo que tiene instaurada esta práctica y que, en más de una ocasión, busca justificación en las altas cargas impositivas que representa la registración de los trabajadores en el sistema.

“Cabe recordar que el pago clandestino de salarios es una conducta antijurídica cometida por el empleador, sin interesar sus móviles que incluso, podrían ser altruistas en el sentido de cooperar con el trabajador para aliviar la carga del ajuste estructural que como se sabe recae de manera injusta en la esfera de los trabajadores...”⁽⁷⁾

Esta cita contenida en el fallo citado al pie, recepta el problema y lo encuadra dentro de una de las ilicitudes del que se cometen en el marco del derecho laboral y que afectan al Estado y a la sociedad, en definitiva.

Dentro de las fallas o deficiencias de cualquier sistema laboral, que es el área que nos ocupa, podría situarse el trabajo en negro, que produce efectos nefastos en todo el orden social, pero principalmente actúa en detrimento del hombre y su dignidad, y provoca el estancamiento de una sociedad ya que, si bien este fenómeno es netamente laboral y fiscal, contribuye en gran medida a deteriorar la cultura y la educación de un país.

La proliferación de este flagelo es producto de la aceptación —imposición— de una práctica común basada en la simple pregunta o aseveración que realiza el empleador al contratar y que puede sintetizarse en: “mejor no te registro, así te doy todo en mano o ¿preferís que te registre?”, lo que parecería que se trata de una elección o una libre opción de los individuos signada por la autonomía de la voluntad. Esto en el mejor de los escenarios; en otros casos, se trata sólo de una imposición.

Sin embargo, como todos sabemos, tal elección es ficticia, y lo que comienza siendo un trato simple y amigable entre empleador y trabajador,

.....

(7) CNtrab., sala VI, sentencia N° 39.045 del 15/09/1993, en autos “Tomasini, Patricia A. c/ Vendrell, Alda S. A. s/Desp.”.

termina siendo un pleito sometido al poder jurisdiccional, un posible resarcimiento para el trabajador a través de las diversas multas y una fuga para el sistema previsional y de la seguridad social que nunca volverá.

Sin ahondar en las causas que podrían ser generadoras de este problema del trabajo en negro o deficiente registración, resulta de fácil observación la consecuencia genérica del mismo.

A través de sus diversas variables origina la más amplia gama de disputas laborales, las que nunca son resueltas espontáneamente por sus actores (empleador y trabajador), —aunque, si así fuera, reduciría el alto índice de litigiosidad, más no la gran evasión fiscal que padece el sistema—.

De Diego⁽⁸⁾ enrola la categoría del trabajo no registrado dentro de una de las tantas precarizaciones del empleo, definiendo la misma como un proceso en el cual no se reúnen las condiciones mínimas legales para el desarrollo laboral del trabajador; y establece una clasificación del trabajo precario en absoluto, parcial y de los modelos legales. El absoluto es aquél en el que el trabajador desarrolla su actividad en forma totalmente clandestina, el parcial es aquél en el que alguna circunstancia de la relación laboral, tiempo de contratación o salario, no se encuentran registrados en forma veraz y existen diferencias entre la realidad y lo registrado, y por último, la precarización de los modelos legales, es cuando el empleador toma un modelo amparado en la ley pero no cumple su finalidad, aprovechándose de las ventajas y beneficios que podría redituarse a aquel modelo, actuando en detrimento del trabajador y evadiendo sus obligaciones fiscales, de la seguridad social y previsionales.

Por su parte, Grisolia⁽⁹⁾ le da el carácter de “disvalor” al problema, en virtud de que no sólo atañe a la dignidad del trabajador sino a toda la sociedad, causándole una concatenación de perjuicios sociales, culturales, económicos y previsionales.

Las relaciones de trabajo en más de una ocasión nacen en un marco de informalidad y nacen, inclusive, sin que las partes lo entiendan así.

.....

(8) DE DIEGO, JULIÁN, op. cit., pp. 49/50 y ss.

(9) GRISOLIA, JULIO., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bs. As., Ed. Depalma, 2002, p.146.

I | Los porcentuales del trabajo en negro que algún día serán reclamos judiciales

El Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec) admitió un empeoramiento respecto de los primeros tres meses del año, sobre la base de la encuesta permanente de hogares (EPH), intervenida, como otras áreas del organismo, desde 2007.

El organismo que conduce Ana Edwin informó: "Para la población de 14 años y más, la tasa de desocupación, en el segundo trimestre de 2012, fue del 7,2 %, mientras que la desocupación entre los jefes de hogar fue del 3,8 %". En relación con las tasas de desocupación por sexo y edad, la mayor tasa se observa en las mujeres económicamente activas de hasta 29 años (14,8 %), mientras que la más baja se dio en los varones económicamente activos de 30 a 64 años (4,2 %). Los números del primer trimestre marcaban una tasa de desempleo levemente menor (7,1 %) y el empleo no registrado en 34,2 %.⁽¹⁰⁾

Con estas cifras, uno de cada tres asalariados —más de 4 millones de personas— en el país se encuentra fuera del sistema regular y sin aportes a la seguridad social.

Si bien el problema ha decrecido desde el año 2004 a esta parte, el Indec por aquellos años difundía a través de los distintos medios de comunicación que el porcentaje de trabajo en negro ascendía a un 47,7 %, lo que significaba que casi 5.000.000 de empleados laboraban en la marginalidad.⁽¹¹⁾

De ello se infiere que en un lapso de ocho años se ha logrado disminuir en casi doce puntos (casi un millón de habitantes) este flagelo. Sin perjuicio de ello, considero que sigue siendo elevada la porción de la población activa que se encuentra padeciendo esta situación y, a con-

.....

(10) Ver *La Nación Diario*, Bs. As, 15/09/2012.

(11) Ver *Diario Uno de Mendoza*, 13/04/2005.

secuencia de ello, deben concurrir a la justicia, que es la última *ratio* cuando, como en la mayoría de los casos, los trabajadores intentaron recomponer la relación laboral requiriendo la registración a través del telegrama del art. 11 de la ley 24.013, y ello implicó necesariamente que se resienta la relación patrón-empleado, lo que, por lo general condujo al despido indirecto. En suma, el trabajo en negro o deficientemente registrado es una de las principales causas de injuria laboral proferida a los trabajadores.

Tras estos datos cabe preguntarnos si contamos con un sistema judicial que pueda receptor esta cantidad de reclamos.

Con certeza abrumadora puedo responder que no, y que en la mayoría de los supuestos los justiciables terminarán sin trabajo y con un largo juicio laboral, que concluirá con una abultada sentencia favorable, que probablemente nunca pueda cobrarse.

Ciertamente, considero que tanto las multas dispuestas en la Ley Nacional de Empleo (art. 8, 9, 10 y 15) y la dispuesta en el art. 1 de la ley 25.323 para cuando la relación terminó y no dio tiempo a emplazar a los términos de la ley 24.013, no son suficientes a los fines de tratar el problema en su fondo y así evitar que se abarroten los tribunales laborales del país. En el mejor de los casos, son útiles para abultar las indemnizaciones y así obtener una mejor propuesta a la hora de conciliar.

2 | El círculo vicioso de la mala registración laboral

Termina siendo pues, esta problemática, un costumbrismo argentino alentado por las cargas impositivas que debe afrontar el empleador a la hora de registrar un trabajador y también por la falta o escasa oferta laboral, que deben enfrentar los trabajadores.

En muchos casos, durante extensas relaciones laborales, las partes tuvieron un trato cordial y el tema de la registración se manejó como una cuestión innecesaria, frente a la cual la parte trabajadora hasta se mostró desinteresada, hasta que algún hecho (real o no), molesta a esa parte y de

esta forma y utilizando la normativa que castiga el trabajo en negro, reclama montos que exacerban a la parte empleadora, teniéndose en cuenta que en más de una ocasión podrían estos reclamos no sólo obstruir el giro comercial, sino producir la quiebra de la empresa —que, en muchos casos, sólo alcanza el status de PYME—.

Todos estos argumentos, que no llegan a ser jurídicos pero que, en muchas ocasiones, marcan la ruptura o prosecución de la relación laboral se han vuelto una constante en el fuero laboral; cuestión fácilmente observable desde el rol que ocupó como de Prosecretaria en la Segunda Cámara Laboral de Mendoza, en la instancia previa conciliatoria a la audiencia de vista de causa.

Las multas para combatir el trabajo en negro, exigibles por el trabajador, lamentablemente distan mucho de las expresiones de motivos antievasión que fomentaron su sanción; por el contrario, son usadas como mulettas, tanto por trabajadores, que las conocen a la perfección, como por abogados laboristas, que buscan de sumar acreencias en el marco de la indemnización laboral.

Así se suman causas judiciales laborales, por cierto la mayoría de ellas fundadas conforme a lo que ocurre en la realidad, pero el hecho de que en una sentencia prosperen las pretensiones, no desalienta a los empleadores y trabajadores para que incurran una y otra vez en esta práctica, que en principio perjudica al trabajador, pero en suma, finalmente, conmueve al sistema de la previsión social y también al judicial.

El colapso de la justicia laboral, no sólo por esta causa sino también por la alta siniestralidad laboral, ha sido atendida por el Gobierno Nacional que, a los fines de frenar la denominada industria del juicio, promovió el dictado de la reciente ley 26.773, que reforma en algunos aspectos a la ley 24.557.

Empero, en materia de trabajo en negro, la legislación sigue siendo la misma desde hace más de una década y, en mi humilde opinión, no ha logrado disminuir satisfactoriamente los altos porcentuales de trabajo no registrado y que configuran una de las principales causas de litigiosidad laboral.

3 | El actual colapso de la justicia de Mendoza

Desde distintos ámbitos se ha advertido respecto de la problemática de la alta litigiosidad en la materia laboral. En una publicación periodística⁽¹²⁾ del año 2011, el entonces Ministro de Gobierno de la provincia de Mendoza, el Doctor Mario Adaro,⁽¹³⁾ pide cambios en la justicia laboral —a la que considera colapsada, a través de la reforma del nuevo Código Procesal Laboral. La primera circunscripción judicial de la provincia cuenta con siete Cámaras Laborales y cada una tiene 8.000 causas para resolver, lo que significa que según el listado de expedientes, le ingresan 200 causas por día. En un intento de mejorar esta situación, el Poder Ejecutivo envió a la Legislatura un proyecto de ley que incluye una reforma al Código Procesal Laboral con el objetivo de hacer más ágil la resolución de causas y mejorar el sistema.⁽¹⁴⁾

Si bien se encuentra en la Cámara baja de la Provincia el Proyecto de Reforma del Código Procesal Laboral que permitiría la creación de jueces de competencia especial abocados a determinadas causas, en las que podría incluirse las atinentes al trabajo en negro, a través de un trámite acelerado y que podría llegar a incidir en bajar el porcentual del mismo, si se tiene en cuenta que se evitaría la natural especulación referida al tiempo que en la actualidad dura la tramitación de un juicio en la Provincia (entre dos y tres años), aún no ha sido sancionada la esperada Reforma.

En una entrevista realizada al Dr. Juan González Gaviola⁽¹⁵⁾, Super Intendente de Riesgos del Trabajo, reveló datos significativos; en Argentina de los 650 mil accidentes de trabajo, algo más de un 10 %; esto es 60 mil casos, se dirigen para ser solucionados por vía judicial. En este contexto existen dos sectores en la provincia que concentran los mayores reclamos judiciales por accidentes de trabajo; en primer lugar el sector de la construcción seguido por el sector agrario. Afirmó González Gaviola que

(12) Ver diario *Uno*, Mendoza, 25/05/2011. Entrevista realizada por la periodista Sara González.

(13) Abogado, Actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

(14) Ver diario *Uno*, Mendoza, 25/05/2011.

(15) Ver diario *Uno*, Mendoza, 30/08/2012

en la mayoría de los casos tramitados ante los estrados judiciales, existe una gran disparidad de criterios por los peritos vinculados judicialmente y la determinación del daño y su consecuente porcentaje de incapacidad determinados por la administración.⁽¹⁶⁾

Si bien no se ha realizado un estudio fidedigno que permita distinguir qué causas pertenecen a reclamos por trabajo en negro y qué causas pertenecen a siniestralidad laboral y a otras, y ante la informalidad latente en el mercado laboral, puede afirmarse que la mayoría de las causas ingresadas tienen origen en una deficiente registración.

En más de una ocasión los trabajadores concurren a los tribunales laborales alentados por los engrosados montos de sus indemnizaciones a través de la aplicación de las distintas multas contenidas en las leyes que combaten el trabajo en negro.

Lo que nos lleva a preguntarnos cómo podría pensarse un sistema donde no se vulneren los derechos de los trabajadores incrustados en la manda constitucional del art. 14 bis de la CN y de las leyes específicas, y que logre compeler a los empleadores a cumplir su carga social de la inscripción laboral. También es importante pensar cómo podría concebirse una sociedad donde funcione un sistema en el que no se atente contra la fuente generadora de trabajo genuino y se logre que ésta cumpla la ley laboral en un estrato anterior al judicial.

4 | Tormenta de ideas

Seguramente, a esta altura del artículo, usted como lector habrá pensado en sanciones más duras y hasta en tipos penales laborales a los fines de condenar esta conducta; sin embargo, me permito disentir porque es de público y notorio conocimiento que el sistema penal argentino está librando batalla con quienes cometen los delitos de persecución pública que hoy aquejan a la sociedad. Dicho en otras palabras, ya tiene demasiado con qué lidiar como para generar en el ámbito penal un nuevo delito, y esta vez de otra materia (laboral).

.....

(16) Ver diario *Los Andes*, 30/08/2011.

Tal vez, las soluciones más simples están a la vista y permitirán mejores resultados. Si con la sanción de la ley 24.013 hace poco más de una década se consiguió disminuir el porcentual del trabajo en negro en 12 puntos, quizás es la hora de intentar nuevos caminos para lograr resultados más significativos. Porqué no caminos trazados por la política social, a través de soluciones ecuanímes que entiendan a las partes comprometidas en la problemática.

En tal sentido, vale recordar un tradicional concepto de política, y que es útil a los fines introductivos de esta idea: "Política, es pues, asignación imperativa de valores para una sociedad."⁽¹⁷⁾

Ahora bien cuando existe un problema que afecta a la sociedad y produce efectos negativos en ella, la política se vale de un recurso muy importante para intentar solucionar el problema, y es la llamada política social, definida así por De Diego:

"Es el conjunto de instrumentos técnicos y de recursos puestos al servicio racional de la solución de los grandes problemas sociales, y con el fin de neutralizar las diferencias arbitrarias verificadas en cada comunidad como son principalmente la pobreza o la marginación (...) la política social parte necesariamente, de la gestión que realicen los gobiernos, en el marco de la búsqueda del bien común y el bienestar general, deben combatir toda forma de marginación y de deficiencias que afecten la dignidad humana".⁽¹⁸⁾

También es definida por otro importante doctrinario, como "El arte de solucionar las deficiencias sociales",⁽¹⁹⁾ quien además especifica que esta disciplina debe tener un objetivo, debe partirse de una realidad y deben utilizarse medios coherentes para establecer cursos de acción y su ritmo.

(17) EASTON, DAVID, *Manual de Ciencias Políticas*, Madrid, Ed. Alianza S. A., 1996. citado por Pasquino Gian Franco; Bartolini Stefano; Cotta Mauricio Morlino; Leonardo Panebianco Angelo.

(18) DE DIEGO, JULIAN, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2000.

(19) VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bs. As, Ed. Astrea, 1999,t I..

También destaca que a este propósito podría hablarse de un presupuesto social que está adentro del general, cuyo fin es apoyar y fomentar las instituciones, siendo el normal funcionamiento de éstas el necesario para erradicar fallas o deficiencias en el orden social, cultural, educativo, de la salud, y del trabajo entre otros.

Dentro de las fallas o deficiencias en el trabajo, que es el área que nos ocupa, podría situarse el trabajo en negro, que produce efectos nefastos en todo el orden social pero principalmente, como ya se ha expuesto, efectos negativos en el hombre y su dignidad.

Entiendo que si donde las normas y su aplicabilidad son en sede administrativa o en instancia judicial, sólo se han conseguido resultados parciales para combatir el flagelo del trabajo en negro, bien puede la política social lograr resultados más contundentes, creando organismos de control y reforzando el poder de policía ejercido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de La Nación y sus distintas delegaciones provinciales, entre otras medidas. Éstas, lejos de colocar en cabeza del trabajador la reclamación de exageradas multas en sede judicial o administrativa, atacarían el problema de manera directa sancionando a los infractores o proporcionándoles medios para cumplir con la normativa vigente.

Cabe destacar que: "El trabajador clandestinizado, es un trabajador discriminado porque ni siquiera es reconocido como tal (...) como se aprecia el trabajo clandestino viola la CN, art. 14 bis, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, art. 1 y la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo".⁽²⁰⁾

No registrar a un trabajador es una conducta no sólo reprochable por el ordenamiento jurídico, laboral y fiscal, sino también porque infringe ordenamientos jurídicos superiores. Es una actitud que contraviene a los principios fundamentales del hombre y lo denigra al punto de no existir para el sistema laboral, previsional y de la seguridad social. Por ello considero que el tema debe tener preeminencia en las políticas sociales a adoptarse.

(20) CAPON FILAS, RODOLFO, "Registro laboral y Ciudadanía en la Empresa", en *La Ley*, 08/04/2005.

Podría pensarse, teniendo en cuenta los factores económicos que pueden llegar a movilizar al empleador a contratar personas en negro—aunque este proceder ilícito no está justificado por las contingencias económicas—, por ejemplo, en reducir de alguna forma, sin vulnerar los derechos del trabajador, los aportes y contribuciones que están a cargo del empleador. Esto podría implementarse a través de subsidios otorgados por el Estado a aquellas pequeñas y medianas empresas, (PYMES), que acreditaran una situación de crisis, que tuviesen dificultades para responder con sus obligaciones previsionales, fiscales y laborales. El empleador debería necesariamente probar esta situación para acceder a este subsidio, que sería destinado únicamente para cumplir con la registración laboral.

Ello en razón de que si fuese otorgado a todas las empresas por igual ocurriría que empresas solventes querrían beneficiarse con el subsidio. Por otra parte, el monto del subsidio a otorgar estaría de acuerdo con la envergadura de la empresa: nunca se otorgaría a grandes empresas; sería como una especie de beneficio para la pequeña y mediana empresa. Esto encuentra fundamento en que las grandes empresas tienen grandes ventajas en cuanto a la adquisición de créditos, como así también otros beneficios de financiación.

Otra propuesta para evitar que proliferen este flagelo y su posterior desenlace en los tribunales laborales, podría ser la formación de una Comisión de Control de Trabajo No Registrado, que tuviera sede en cada circunscripción judicial del país y cuya función sería la de receptar denuncias anónimas de empleados, mediante las cuales se investigaría a esas empresas; detectada la irregularidad se cursaría informe a AFIP y a la Subsecretaría de Trabajo para que tomen las medidas pertinentes. De esta forma considero se protegería de manera íntegra al trabajador y a su fuente de trabajo, evitando así el emplazamiento de treinta días previsto por el art. 11 de la ley 24.013, que en muchos casos es enviado cuando está resentida la relación laboral por lo que, detrás del intercambio telegráfico se esconde una voluntad rupturista. Por ello debería revisarse esta legislación, en tanto y en cuanto estos emplazamientos sólo logran agotar el vínculo laboral y generar de manera directamente proporcional un juicio laboral—en muchos casos de montos siderales— que terminará engrosando la indemnización por antigüedad del trabajador, pero que nunca logrará que los montos que no fueron depositados ingresen al Sistema de la Seguridad Social y de Previsión.

Otra variante, un tanto más cruda, sería la publicación en los medios de prensa y también en internet de las empresas o empresarios evasores a fin de que la sociedad tome conocimiento de su falta. Sería como una especie de condena social, que de forma drástica podría producir una baja en las ventas de bienes y servicios de aquellas empresas que se valgan de “mano de obra barata”, para conseguir un alto margen de ganancias.

Teniendo en cuenta los factores socio-culturales que forman, desde mi punto de vista, la principal causa generadora del problema, podría promoverse la creación de una distinción en los envases de los productos o en la entrega de los servicios para aquellos empleadores que cumplimenten la registración laboral de sus empleados.

Otra alternativa sería educar a través de una fuerte campaña dirigida a los jóvenes que ya estén en el mundo laboral o estén por insertarse a fin de que comprendan lo perjudicial que es para la sociedad que esta práctica siga proliferándose.

Estas ideas, entiendo, atacan la problemática desde su nacimiento en el seno de la sociedad y no en un estadio judicial, donde cualquier medida es tardía o insuficiente, en razón de que el gran número de causas judiciales fue primero un gran número de relaciones laborales marginales que, mientras fueron vigentes, produjeron un gran agujero al Sistema de Previsión y de la Seguridad Social.

Es importante que las políticas sociales comprendan las causas que motivan la existencia del problema y, a través de acciones concretas, transformen la realidad ya que, como las estadísticas lo demuestran, la sanción de leyes antievasión y la aplicación de un sinfín de multas, de las que resulta acreedor el trabajador y no el sistema que infringió el empleador, sólo ha generado más litigiosidad y, lo que es peor, mayor evasión a través de la insolvencia fraudulenta de muchas empresas que transforman a los fallos condenatorios laborales en verdaderas “sentencias de agua”.

Para terminar con este complejo problema, se debe atacar de raíz y concientizar a la sociedad de que la conducta ilícita que realiza un sujeto tarde o temprano afectará a alguien de su entorno o a él mismo. Por eso debe reforzarse la educación y la información, esencialmente a quienes

comienzan a dar sus primeros pasos en el mundo laboral, se trate de trabajadores o empresarios.

Puedo agregar que el trabajo, como derecho dignificante del hombre, debe ser respetado total e integralmente por todos los miembros de una comunidad que se precie de civilizada y que, si queremos una sociedad sana, libre de marginación y discriminación, debemos tratar los problemas de manera preventiva, eliminando o neutralizando a los agentes que los generan, lo que evitará el colapso de la justicia, que cuenta en la mayoría de los casos con la misma cantidad de recursos de antaño, para resolver problemas magnificados y masificados, para los que la sociedad clama una pronta y equitativa solución.

Incidencia del trabajo no registrado para el acceso a los beneficios previsionales

por **MARÍA CLARISA BALDONI**⁽¹⁾

Resumen

El trabajo no registrado tiene un importante impacto en la integridad del trabajador; también en la economía y la sociedad. Una de las consecuencias es la imposibilidad del acceso a los beneficios previsionales y demás cobertura de la seguridad social. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve en el fallo "Real, Antonio L. c/Anses", una situación de trabajo no registrado reconocida judicialmente; fallo éste importante a tener en cuenta a fin de modificar el reclamo de los trabajadores, el rol de los jueces y de los organismos de contralor.

I | Introducción

El trabajo no registrado es un flagelo que afecta a todos. Sin dudas, los perjudicados directos son los trabajadores por cuanto laboran sin el cumplimiento de la normativa vigente para la registración. Es decir, técnicamente, no se consta de un alta ante AFIP y, por ende, no se realizan aportes

.....
(1) Abogada laboralista y previsional, representante de trabajadores. *Magister* en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Integrante de la Comisión de Derecho Previsional del Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mercedes.

y contribuciones. La ausencia de la debida registraci3n, en principio, tiene un efecto inmediato: al trabajador no le realizan aportes a la seguridad social y, en consecuencia, no tiene cobertura de obra social, y carece del beneficio de asignaciones familiares (nacimiento, matrimonio, enfermedad, etc.), y de la posibilidad de acceder a las prestaciones en especie y dinerarias frente a un accidente de trabajo y/o enfermedad profesional, ya que esta situaci3n tampoco le permite ser beneficiario de una ART. A mediano y largo plazo, esto implica la imposibilidad de acceder al beneficio de prestaci3n por desempleo. Asimismo, la ausencia de aportes impide reunir la cantidad de a1os requeridos para iniciar un beneficio previsional.

Esa ausencia de aportes a un sistema que es solidario y de reparto le genera un impacto negativo en su financiamiento, como sostiene Micale,⁽²⁾ quien efectúa un análisis de la problemática y plantea propuestas para el financiamiento del sistema de la seguridad social. Si bien coincidimos con su propuesta, nuestro análisis pretende ser un complemento de ella toda vez que propone otra perspectiva analítica: la incidencia que esta situaci3n tiene para el trabajador pasivo que necesita acceder a los beneficios previsionales, no para reajustar su beneficio jubilatorio, sino simplemente para acceder a él sin la necesidad de recurrir a las moratorias o facilidades que pueda efectuar el Estado para ayudar a quienes no reúnen los requisitos mínimos que la ley previsional establece.

Hay muchos jubilados, en la actualidad, que pudieron obtener un beneficio a través de los planes de inclusi3n implementados en los últimos años. No obstante, en la mayoría de los casos se trató de personas que trabajaron duramente toda su vida, y que jamás fueron registrados o, en el mejor de los casos, que fueron registradas de modo deficiente. Inclusive, en muchas ocasiones, los trabajadores creyeron durante su vida laboral que les estaban realizando los aportes y contribuciones pero, a poco de andar en el trámite previsional, sufrieron una desilusi3n y se encontraron burlados al verificar que sus empleadores jamás cumplieron con dichos aportes. Todo ello con el agravante de no poder reclamar porque el trámite está prescripto y, en muchos casos, las empresas para las cuales realizaron sus trabajos ya no existen.

.....

(2) MICALE, ADRIANA A., "El trabajo Informal, su impacto en el financiamiento de la Seguridad Social", en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Infojus, a1o 1, n° 2, pp. 135/150.

2 | Fallo de la CSJN

Pensar en el trabajo registrado y en su incidencia directa para el acceso a los beneficios previsionales que, por supuesto, no se dan simultáneamente, ha despertado nuestro interés a partir de un fallo de la Corte por reajustes de haberes previsionales. Se trata del caso “Real”,⁽³⁾ muy bien analizado por Micale,⁽⁴⁾ que tiene que ver con la solicitud de un reajuste previsional. La Corte, tomando como propios los considerandos de la señora Procuradora Fiscal, declara procedente el recurso de hecho deducido por el actor, y ordena reajustar el cálculo del haber jubilatorio incluyendo los conceptos percibidos por el trabajador de manera irregular, acreditados oportunamente en el proceso judicial, con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.⁽⁵⁾

La condena de primera instancia consistió en el pago de aportes, contribuciones y diferencias salariales, y en la extensión del certificado de aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social por el tiempo acreditado de trabajo no registrado. El empleador jamás cumplió con el depósito de las cotizaciones ni con la entrega del certificado, pese a reiteradas intimaciones, tal como lo dice el propio fallo de la Corte.

El caso llegó al Máximo Tribunal cuando el actor solicitó el reajuste de sus haberes, lo que había sido rechazado por la Cámara Federal de la Seguridad Social al entender que la sentencia de primera instancia no podía producir efectos contra terceros; cuestión que no fue admitida por la Corte. Esta decisión deja ver dos aspectos muy importantes que, en mi humilde opinión, es una llamada de compromiso social a los jueces para el efectivo cumplimiento de las sentencias y el recordatorio de las obligaciones a los organismos de contralor y recaudación.⁽⁶⁾ Señala que ANSeS tiene en cuenta las conclusiones de la sentencia para el cómputo de los

(3) CSJN, “Real Antonio Lorenzo c/Administración Nacional de la Seguridad Social”, 08/02/2011.

(4) MICALE, ADRIANA A., op. cit.

(5) CSJN, “Real Antonio Lorenzo c/Administración Nacional de la Seguridad Social”, 08/02/2011.

(6) ANSeS y Afip.

servicios, pero traslada al trabajador una obligación que le era propia.⁽⁷⁾ Esta concepción resulta interesante en virtud de la tutela de los derechos del trabajador a la seguridad social, derecho reconocido por el art. 16 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El acceso al trabajo registrado es la vía principal de acceso de los trabajadores a los beneficios de la seguridad social, derecho humano consagrado. De este modo, el incumplimiento por parte del empleador de su obligación de registrar la relación laboral viola el derecho de la persona trabajadora privándola del acceso al sistema de seguridad social;⁽⁸⁾ pero va más allá porque resiente, asimismo, uno de los principios básicos de la seguridad social como es el de solidaridad. Mal puede entonces, llegar a pensarse que el trabajador pueda tener algún tipo de responsabilidad y pasar de víctima a victimario.

2.1 | Importancia de solicitar aportes y contribuciones en los juicios laborales. Realidad actual, consecuencias futuras

Ahora bien, el fallo brevemente comentado tiene su fundamento en un reajuste, es decir, estamos hablando de mejorar un beneficio ya otorgado. Nuestra preocupación va hacia otro sector: los que, por no iniciar juicio, o por efectuar transacciones en las que el empleador no reconoce hechos y derechos, nos encontramos frente a una gran cantidad de trabajadores en la que la mayor parte de su vida laboral (cuando no toda) se desarrolló y/o desarrollará en el terreno de la no registración.

Especialmente en el ámbito bonaerense, donde, entre otras cuestiones, los tribunales de trabajo están colapsados, los juicios se demoran años, muchas veces —y por distintos motivos— el tribunal no está compuesto y no resulta posible la realización de vistas de causa, es muy común que

(7) En referencia a que el trabajador consintió el trabajo en "negro", y no hizo nada por lograr el depósito de aportes y contribuciones.

(8) Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe, Sala II, "Barissi, Luciana Paola y otros c/ Latosinski, Tadeo Ladislao s/ C.P.L.", 12/08/2011.

el trabajador trauce su crédito laboral hipotecando su futuro, en muchas oportunidades inclusive antes de iniciar el proceso. Es decir, existe una realidad en la que el empleador no cumple con las obligaciones a su cargo durante la relación laboral, menos aún cuando ésta se extingue o el trabajador reclama a sabiendas que tiene un largo camino por recorrer con una carta a su favor: la necesidad del trabajador.

Precisamente, es esa necesidad del trabajador que radica en la urgencia del sustento familiar,⁽⁹⁾ la que impera para acelerar cualquier posible acuerdo. Frente a esta situación es difícil que un trabajador pueda comprender o, mejor dicho, pueda tomar una decisión sobre un acuerdo que no le es beneficioso, y más aún cuando ese perjuicio es a largo plazo. No le resulta razonable tomar decisiones respecto de lo que pueda suceder en el futuro como pasivo, cuando su única preocupación consiste en lograr conseguir lo suficiente para la manutención de su familia en el presente. Ese trabajador no tiene poder de negociación: su voluntad está viciada por la insuficiencia económica.

Esta realidad no es ajena a ninguno de los actores involucrados: los empleadores, que la utilizan para su provecho; pero también los magistrados, letrados, funcionarios del Ministerio de Trabajo y los sindicatos, que la conocen y saben acerca de esas actitudes de muchos empresarios. Es decir, todos tienen conciencia de ello, pero prima la urgencia, como en todo salvataje. Esto lleva a que cada vez resulte más común tanto la transacción y la homologación de convenios, como el dictado de sentencias en las que se deja de lado la ejecución de los aportes y contribuciones.

Otro aspecto que se tiene en cuenta son los elevados costos: la condena al pago de aportes y contribuciones fuera de término, con sus respectivos intereses y elevadas multas, también desalienta su petición y/o su ejecución, ya que se teme que el empleador no pueda hacerse cargo del efectivo pago al trabajador —téngase en cuenta que la problemática de la no registración está dada con preponderancia en los sectores productivos compuestos por unidades económicas de pequeña dimensión y con escasa rentabilidad—. ⁽¹⁰⁾

(9) No debemos olvidar el carácter alimentario de los créditos laborales.

(10) NEFFA, JULIO C.; PANIGO, DEMIAN T. y LÓPEZ, EMILIANO, *“Empleo, Desempleo y Políticas de Empleo”*, Bs. As., Editorial Ceil-Piette del CONICET, 2010, n° 4.

3 | El derecho a la seguridad social

En la práctica, suele ser común hablar del derecho del trabajo y la seguridad social como ramas separadas, pero la realidad es que están íntimamente relacionadas y la violación de una recae indefectiblemente en la otra.

Es necesario comprender y propiciar la toma de conciencia respecto a que la seguridad social es un derecho humano y, como tal, plenamente reconocido por el Derecho Internacional. Las características de esta particularidad se encuentran muy bien descriptas por Navarro Fallas,⁽¹¹⁾ quien manifiesta que surge de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 al establecer en su art. 22: "1. Toda persona tiene derecho, como miembro de la sociedad a la Seguridad Social". Sucintamente transcribimos los aspectos más relevantes de las características citadas por dicho autor:

- a. Inherente a todo ser humano: toda persona es titular de este derecho fundamental, se reconoce a la persona por su condición de tal, no es un derecho del trabajador, es un derecho de todo ser humano.
- b. Derecho universal: es un atributo derivado de su titularidad, pertenece a toda persona humana en condiciones de igualdad y no discriminación. La universalidad obliga al Estado y a la sociedad a su cobertura.
- c. Es un derecho; no una norma: es exigible desde la Constitución.
- d. El bien jurídico inherente al derecho es la seguridad: derecho a la protección necesaria para enfrentar posibles contingencias.⁽¹²⁾
- e. Carácter social: la única forma que se puede satisfacer es mediante una responsabilidad compartida entre el individuo y la sociedad. La sociedad es incapaz de evitar las contingencias pero sí es capaz de remediar sus consecuencias.

.....

(11) NAVARRO FALLAS, RÓMAN A., "El derecho fundamental a la seguridad social, papel del Estado y principios que informan la política estatal en seguridad social", en *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, San José, Costa Rica, biblioteca electrónica SciELO, 2002, v.10, n° 1, pp. 13/18. Ver texto en: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-12592002000100002&script=sci_arttext

(12) "Contingencia" es definida por Julio Grisolia, como circunstancias de la vida que disminuyen en forma parcial o total el ingreso del hombre. Las clasifica en biológicas, patológicas y sociales. Las primeras son maternidad, vejez y muerte. Dentro de las patológicas encuadra a las enfermedades y accidentes inculpables, accidentes de trabajo y riesgos laborales y la invalidez. En las sociales, describe las cargas de familia (asignaciones familiares, asistencia médica mediante obras sociales) y el desempleo.

- f. Satisfacer las necesidades para una vida digna: la prestación debe responder a la dimensión de la necesidad que la contingencia ocasiona. De lo contrario, repercutirá directamente en la calidad de vida de quien la padece.
- g. Derecho complejo: su contenido implica un conjunto de derechos generados conforme cada contingencia.⁽¹³⁾

Siguiendo con el citado autor, coincidimos en la descripción de los principios de la seguridad social: universalidad, para todos los sujetos; la solidaridad, derivado de la naturaleza social y redistribución de los recursos; la inmediatez, que deriva de la naturaleza de la contingencia: si no se brinda oportunamente se lesiona la seguridad social.

Sin dudas, la seguridad social es un derecho humano y para toda persona. Ese derecho se lesiona frente al trabajo no registrado, pero no sólo afecta al trabajador, sino que, indirectamente, incide en todas las personas de la sociedad y, por su carácter solidario, también es responsable.

4 | Requisitos para el acceso a beneficios previsionales

El Sistema Previsional Argentino (SIPA) contempla tres beneficios: jubilación ordinaria, pensión⁽¹⁴⁾ y retiro por invalidez. El art. 19 de la ley 24.241 establece los requisitos básicos para adquirir la jubilación ordinaria que, en nuestro sistema, son dos: a) años de servicios con aportes, y b) edad jubilable.

En la actualidad, la regla general, excepto para los regímenes diferenciales, es la siguiente: para hombres, 65 años; para mujeres, 60 años, ambos con 30 años de servicios con aportes. El art. 2 del decreto 679/1995 define lo que debe entenderse por servicios con aportes, y diferencia entre actividades en relación de dependencia y autónomas. Para la primera se considera a los períodos en los que se hubieran devengado y retenido los aportes y contribuciones. En el caso de las actividades autónomas, se considera a los períodos devengados e ingresados en las pertinentes cotizaciones.

(13) Cita como ejemplo: atención médica, seguridad en el trabajo, jubilación, salud, etc.

(14) Puede ser directa o derivada. La primera se obtiene por el fallecimiento de un trabajador en actividad; y la segunda, por el fallecimiento de un jubilado.

En cuanto a la pensión por fallecimiento, sea directa o derivada, la pueden percibir los derechohabientes establecidos en el art. 53 de la ley 24.241.⁽¹⁵⁾ En el caso de la pensión directa tiene que acreditar la calidad de aportante regular o irregular con derecho. Los requisitos mínimos para la regularidad están establecidos en el decreto 460/1999.⁽¹⁶⁾

Para el retiro por invalidez rigen los mismos requisitos de aportante regular e irregular con derecho establecidos en el decreto ya mencionado, pero además es necesario cumplir con lo establecido en el art. 48 de la ley 24.241: incapacidad total por cualquier causa. Se considera invalidez a aquélla que produzca una disminución de la capacidad laborativa en un 66%⁽¹⁷⁾ o más. Además, no deben haber alcanzado la edad jubilable.

4.1 | Moratorias: remedios sociales

Los requisitos que marca la ley 24.241 en la práctica no resultan tan viables y accesibles para muchos pasivos. El contexto socioeconómico de las últimas décadas hizo que la mayoría de los activos se encontraran fuera del

(15) Viuda, viudo, conviviente, hijos solteros hasta los 18 años —y sin limitación, si se encuentran incapacitados—.

(16) El decreto 460/1999 establece que: "a) aportante regular con derecho: quien acredita las retenciones correspondientes (trabajadores en relación de dependencia) o registren el ingreso de sus aportes (autónomos y monotributistas), siempre que cada pago se hubiere efectuado dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento, durante treinta meses como mínimo dentro de los treinta y seis meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento del afiliado en actividad; b) aportante regular con derecho quienes acrediten el mínimo de años de servicios exigidos para acceder a la jubilación ordinaria; c) aportante irregular con derecho a quien se le efectuó las retenciones correspondientes o que registren el ingreso de sus aportes siempre que cada pago se hubiere realizado dentro del mes calendario correspondiente a su vencimiento, durante dieciocho meses como mínimo dentro de los treinta y seis meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro o a la fecha del fallecimiento; d) si el período de afiliación fuera inferior a treinta y seis meses, se considerará el total de meses de afiliación respetando las proporciones de meses aportados allí establecidas a los fines de la calificación de aportantes; y e) en el caso que el trabajador en relación de dependencia o autónomo no alcanzare el mínimo de años de servicio exigido en el régimen en que se encuentre incluido para acceder a la jubilación ordinaria, los períodos exigidos se reducirán a doce meses dentro de los sesenta meses anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento del afiliado en actividad, siempre que acredite por lo menos un 50% de dicho mínimo y el ingreso de las cotizaciones al Sistema".

(17) La evaluación para llegar a ese porcentaje se efectúa conforme Baremo Nacional Previsional, aprobado por decreto 478/1998 en la Comisión Médica competente.

sistema. Ya sea porque sus trabajos en relación de dependencia no hubieren sido efectivamente registrados con sus correspondientes aportes y contribuciones; ya porque se trataba de trabajadores autónomos cuyos ingresos no les permitían abonar los aportes previsionales que les habilitarían llegar a su jubilación cuando llegase su edad jubilable. Además del flagelo del trabajo no registrado, es muy común en tiempos de crisis que lo primero que haga un trabajador autónomo con una familia a cargo sea dejar de realizar los aportes para su futura jubilación.

La franja de individuos fuera del sistema hizo que cada vez más personas adquirieran la edad jubilable, pero sin cumplir con el segundo requisito: los años de servicios efectivamente aportados. Así es cómo personas mayores estaban en la total indigencia, sin contar ni siquiera con cobertura de salud. El Estado, que debe velar por ellos en virtud de los principios protectorios de la seguridad social, ha intentado de alguna manera subsanar esta situación a través de mecanismos de acceso dados por planes de facilidades de pagos denominados “moratorias”.

Por citar algunas de ellas, podemos señalar a las leyes 17.122 y 20147, a la resolución 592/1979, a los decretos 421/1985, 2104/1993, 493/95, 935/1997, y a las leyes 25.865/04. La ley 25.994 fue, sin dudas, la más beneficiosa. Durante su vigencia, quienes tenían los años requeridos podían iniciar su trámite, y cobrar rápidamente con tan sólo abonar la primera cuota del plan de pagos. El trámite, en su mayoría, podía iniciarse a través de la página web del ANSeS. Además, establecía un régimen transitorio de jubilación anticipada para que puedan acceder mujeres de 55 años y hombres de 60 años si contaban con los 30 años de aportes y estaban en situación de desempleo.

Actualmente, sólo se encuentra vigente la ley 24.476, ley ésta que otorga la posibilidad de acceder a un plan de regularización voluntaria, ya que no es exclusiva de las personas que adquieran la edad jubilable, sino también puede ser utilizada por los activos que quieran regularizar su situación impositiva.⁽¹⁸⁾ La limitación de esta normativa es que sólo se puede regularizar

(18) Vale señalar que la presente ley —que continua vigente— fue modificada por el decreto 1454/2006: se establece un tope, el cual consiste en que sólo puede ingresarse deuda a regularizar hasta el periodo de septiembre de 1993. Ello trae otros inconvenientes para quienes pretendan acceder al beneficio únicamente con moratoria, o posean aportes incompletos y anteriores a esa fecha.

el período comprendido desde que la persona cumplió 18 años y hasta el mes de setiembre de 1993, por lo que cada vez son más las personas que no pueden utilizarla para obtener su beneficio. Si bien se dice que esta fecha debe prorrogarse, aún no se lo ha hecho, lo que implica la imposibilidad que muchas personas que van alcanzando la edad pero no cuentan con los aportes,⁽¹⁹⁾ tienen respecto de obtener el beneficio.

Las moratorias fueron criticadas, especialmente por aquellos trabajadores que tuvieron el privilegio de acreditar frente a la ANSeS los requisitos para acceder a su beneficio previsional. No obstante, dadas las políticas de años anteriores, un altísimo porcentaje de la población pasiva del país carecía de beneficios. Es el Estado quien debe velar por todos, y no puede desentenderse de nuestros ancianos que, víctimas de políticas estatales que los excluyeron, de empleadores inescrupulosos, y de falta de información que tuvieron en sus épocas como trabajadores, permitieron que toda su vida laboral se desarrollara en condiciones poco propicias y en el desamparo de la seguridad social, dejándolos, en su ancianidad, también excluidos de la cobertura necesaria.

Parte de la crítica fue razonable por cuanto tramitar un beneficio con aportes resultaba mucho más engorroso y con mayor cantidad de tiempo que quien lo iniciaba sin aportes. Esto es verdad, pero también es una realidad que los principios de la seguridad social como derecho humano, no se pueden dejar en total desamparo y abandono a las personas que trabajaron y se les restringió la posibilidad de acceder a los mismos. El acceso al beneficio previsional ha dignificado a muchas personas, y no se discute si el monto es suficiente o no: hoy un 95%⁽²⁰⁾ de nuestros abuelos tiene un beneficio.⁽²¹⁾

(19) Por ejemplo, una mujer que nació en setiembre de 1952, cumplió sus 60 años en septiembre de 2012. Si nunca tuvo aportes, puede acceder al plan de regularización voluntaria, pero sólo a partir de cuando es exigible, es decir, a partir de los 18 años conforme el art. 2 de la ley 24.241; por lo tanto, desde diciembre de 1970. Al tener como límite setiembre de 1993, sólo podrá regularizar 23 años de aportes, lo cual no le resulta suficiente para el requisito establecido por la ley 24.241, que son 30 años de servicios con aportes.

(20) Porcentaje mencionado por la Dra. Elsa Rodríguez Romero, en el "IV Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo", organizado por la SADL, realizado en la Pcia. de Mendoza, entre los días 25, 26 y 27 de octubre de 2012.

(21) Según datos oficiales, 2.400.000 jubilados accedieron mediante el plan de inclusión previsional, que representa casi el 50% de los 5.600.000 jubilados que tiene actualmente nuestro país. Datos extraídos de <http://www.anses.gob.ar/destacados/inclusion-jubilatoria-4>

Como bien decía Navarro Fallas a principios de este siglo: “ ...El Estado debe velar por garantizar a toda la población, pero especialmente a los más pobres o de escasos recursos, de manera solidaria, una cobertura mínimamente digna, que no deje al descubierto contingencias que lo llevarían o lo colocarían en una situación de inseguridad ante la vida... ”.⁽²²⁾

Es un paliativo adoptado por la política estatal —con virtudes y errores, como cualquier otro— que, no caben dudas, llevó alegría y dignidad (y también enojos) pero que, como todo remedio, no puede ser utilizado eternamente. Decimos, entonces: es correcto el mecanismo que llevó a un número casi perfecto de trabajadores pasivos a estar amparados por la seguridad social —nótese que sólo se está a un dígito del 100%, porcentaje que requiere la seguridad social en un Estado ideal que respeta el principio de universalidad—.

Sin embargo, hay que mirar hacia el pasado y hacia nuestro presente, y preparar el futuro para que no haya más excluidos del sistema, o para que, si los hay, sea en un porcentaje mínimo y con un avance progresivo hacia la reparación. Conforme la realidad de nuestros trabajadores activos, es muy probable que, tal vez en menor medida, tengamos que seguir utilizando en el futuro estos remedios sociales.

5 | Conclusiones

Sería interesante que el Estado, a través de órganos de recaudación y control, efectúe un exhaustivo seguimiento de los conflictos laborales para obtener el pago de aportes y contribuciones, aún cuando se formulen convenios sin reconocer hechos ni derechos. Esto podría ayudar a alivianar la elevada litigiosidad, ya que el empleador no intentaría ni evadir su responsabilidad mediante la dilación del proceso, ni intentar un acuerdo después de algunos años o, inclusive, perder con la sentencia: éste sabría que tendría obligatoriamente que abonar los aportes y contribuciones en alguna instancia.

Por otra parte, los casos que irremediamente vayan a la instancia judicial en la que se concilie y/o se pruebe una relación laboral, deben estar también obligados al pago de los aportes y contribuciones —tal vez con

(22) NAVARRO FALLAS, ROMAN A., op. cit.

multas no tan costosas—, ya que se contribuiría con los principios básicos de la seguridad social. Es decir, aún sin que lo pida la parte, la obligatoriedad del pago debería ser implementado de oficio por los magistrados. Tal vez con la creación de una norma que faculte al efecto.

Sería importante para esto, como dijo el juez Julio Grisolia en el Congreso,⁽²³⁾ que los jueces apliquen “...las medidas cautelares para asegurar primero el crédito de los trabajadores...” y, en segundo lugar, agregamos, para asegurar el pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social lo que contribuiría al financiamiento del sistema. Además, el doctrinario destacó el compromiso social de los jueces que, se dijo, no deben desentenderse de las sentencias. Es decir, no sirve la sentencia si no es efectiva; aspecto que, creo, que es más que aplicable no sólo para asegurar el crédito laboral sino también respecto de la protección de los aportes y contribuciones de los trabajadores.

Para nosotros, los abogados laboristas y previsionistas, el fallo “Real” tiene que implicar una mirada social con sentido común, y no únicamente una puerta que nos habilite a iniciar reajustes previsionales a futuro. Es necesaria su aplicación e interpretación, con la inteligencia de petitionar en nuestras demandas en defensa del trabajador, la condena al pago de aportes y contribuciones. Asimismo, es menester hacer el debido seguimiento y exigir a los magistrados la ejecución para que el pago se haga efectivo. De nada sirve tener una sentencia para exigirle más al Estado porque sería más de lo mismo. Lo importante es que realmente el condenado cumpla con el pago de las obligaciones.

El fallo es, sin dudas, un avance para los trabajadores pasivos que vieron menoscabados sus derechos debido al trabajo no registrado, al que tuvieron que acceder, probablemente, porque eran los sostenes de sus familias.

En la actualidad, en nuestro país existe cobertura de la seguridad social en un 95% en la clase pasiva y ello no se debió a la regularidad de los empleadores décadas atrás precisamente. Todo lo contrario: el Estado se hizo cargo de manera responsable de nuestra ancianidad para brindarle el acceso a la seguridad social mediante distintos planes de regularización

(23) “IV Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo”, organizado por la SADL, realizado en la Pcia. de Mendoza, entre los días 25, 26 y 27 de octubre de 2012.

y moratorias. Sin dudas, es un paliativo importante porque no se puede abandonar a nuestros ancianos, pero sólo es un atenuante transitorio. En la actualidad, se requiere rever ciertas cuestiones para mejorar esta situación, ya que la ley 24.476 no permite el ingreso a todas las personas con edad jubilable sin la totalidad de los aportes efectivamente realizados.

Es necesario fomentar mecanismos de cumplimiento en la registración y pago de los aportes y contribuciones con seguridad para los empleadores, mediante la adopción de medidas firmes y accesibles que no impliquen el quiebre económico de las empresas, en especial de las más pequeñas, pero que tampoco vayan en desmedro de los derechos del trabajador. Mientras tanto, será necesario mantener planes de regularización y moratorias que permitan acceder al beneficio previsional, hasta lograr cumplir con los principios de universalidad e integralidad de la seguridad social.

Por último, vale resaltar que la jubilación es una prestación que cubre la contingencia de la vejez, como la pensión cubre el fallecimiento del titular, pero el trabajo no registrado afecta también a otras coberturas que pertenecen a la seguridad social, lo que redundaría en falta de cobertura médica, ART, asignaciones familiares, entre otras. Como se dijo, la sociedad no puede evitar las contingencias, por lo tanto, la ausencia de las herramientas y la participación solidaria hacen que se afecte directamente la calidad de vida del trabajador, e indirectamente, la de los integrantes de la sociedad. En definitiva, el trabajo no registrado lesiona un derecho fundamental: el derecho a la seguridad social.

El trabajo no registrado y sus consecuencias en el ámbito previsional

por VICTORIA PÉREZ TOGNOLA⁽¹⁾ y PATRICIA A. ROSSI⁽²⁾

I | Introducción

Comenzaremos proponiendo una breve reseña de la evolución de la obligación de efectuar aportes y contribuciones en el sistema previsional.

El Sistema Previsional Argentino actual se financia con los aportes personales de los afiliados y las contribuciones patronales, más las recaudaciones provenientes de los impuestos y otros tributos de afectación específica al sistema jubilatorio, entre otros recursos que establece el art. 18 de la ley 24.241.⁽³⁾

Desde las primeras leyes de presupuestos, sancionadas a principios del siglo XX, se dispuso deducir un porcentaje de los sueldos de los empleados públicos y de los jubilados en concepto de aportes personales para el

.....

(1) Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Vocal de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Docente expositora en congresos y seminarios. Autora de diversas publicaciones.

(2) Abogada (UBA). Relatora de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Referente del fuero en el área de recopilación de jurisprudencia de género (Replicadora de los "Talleres de trabajo para una Justicia con perspectiva de género"), Profesora Adjunta de "Derecho Constitucional II (Procesal)" en la UCES desde 2011.

(3) Publicada en el BO 18/10/1993, n° 27.745.

fondo de jubilaciones.⁽⁴⁾ Con la sanción de la ley 4349, se inicia la historia de la previsión social argentina. El fondo de la Caja se formaba con el importe del descuento del 5% practicado en los sueldos; no aparecía todavía contemplada la contribución patronal.⁽⁵⁾

En 1968, con la sanción de las leyes 18.037 y 18.038 para trabajadores dependientes y para trabajadores autónomos respectivamente, culmina el proceso de uniformidad del sistema previsional. Respecto de los trabajadores en relación de dependencia, estas normas mantienen la obligatoriedad de los aportes y contribuciones para cada una de las actividades realizadas por el trabajador y esta doble cotización equivalía a un porcentaje mensual de la remuneración. Sin embargo, la norma preveía el cómputo de los servicios y remuneraciones para el otorgamiento del beneficio, aun cuando el empleador no hubiera ingresado en su oportunidad los aportes y contribuciones correspondientes, salvo caso de connivencia.

Así el texto del originario art. 25 de la ley 18.037, establecía que: "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 respectivos, salvo en el supuesto previsto en el art. 54"; este último artículo, por su parte, fijaba que: "En caso de acuerdo entre el empleador y el afiliado para eludir total o parcialmente el pago de aportes y contribuciones, las Cajas no reconocerán ni computarán los servicios y remuneraciones respecto de los cuales no se hubieran efectuado en su momento las cotizaciones pertinentes, sin perjuicio de la responsabilidad por las obligaciones omitidas y de las sanciones que pudieran corresponder".

Con la reforma introducida en el año 1976, si bien se mantuvo el principio de la conservación del derecho al cómputo de servicios y remuneraciones, aunque no se hubieran ingresado los aportes y contribuciones, se incorpora el art. 25 bis que estableció que "no se computarán ni reconocerán los servicios ni remuneraciones posteriores al 31 de diciembre de 1976, respecto de los cuales el empleador no hubiera efectuado la correspondiente retención en concepto de aportes, salvo que dentro de los 90 días de ocurrida la omisión, el trabajador formule la pertinente denuncia ante

(4) Leyes de presupuesto para los años 1901 a 1994.

(5) JAIME, RAÚL C. y ÁLVAREZ, FEDERICO C., *Régimen Previsional de los Trabajadores Dependientes*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980.

la Dirección Nacional de Recaudación Previsional o Caja”, y se suprime el art. 54 antes transcripto.

Esto en los hechos significó, por un lado, colocar al trabajador en la posición de custodio del cumplimiento de la obligación del empleador, obligándolo a denunciar la falta de retención del aporte, so pena de ver obstaculizado el acceso al beneficio previsional. Pero, por otro lado, si bien podría considerarse adecuado comprometer al trabajador en la ayuda para solventar el sistema, lo cierto es que éste se encontró ante una situación de fragilidad, toda vez que dicha denuncia podría acarrearle consecuencias no queridas, sobre todo en periodos de difícil o débil protección de los derechos laborales.

Actualmente, la norma vigente mantiene la obligación de efectuar aportes y contribuciones para solventar los beneficios en la proporción establecida por el art. 11 de la ley 24.241, que fija el aporte personal de los trabajadores en relación de dependencia en un once por ciento (11%), y la contribución a cargo de los empleadores del dieciséis por ciento (16%). Por su parte, el aporte personal de los trabajadores autónomos será del veintisiete por ciento (27%). Los aportes y contribuciones obligatorios serán ingresados a través del Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS). A tal efecto, los mismos deberán ser declarados e ingresados por el trabajador autónomo o por el empleador en su doble carácter de agente de retención de las obligaciones a cargo de los trabajadores y de contribuyente al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), según corresponda, en los plazos y con las modalidades que establezca la autoridad de aplicación.

Cabe destacar aquí, que los porcentajes señalados sufrieron modificaciones, pues hubo periodos en que los aportes y contribuciones se vieron disminuidos por aplicación de diversas normas que, según sus fundamentos, tendían a favorecer, por ejemplo, la promoción del empleo o el traspaso al sistema de capitalización (con una reducción del aporte en cabeza del trabajador dependiente al 5%, conforme lo dispuesto por el decreto 1387/2001,⁽⁶⁾ o con reducción de la contribución patronal al 8% de la nómina salarial) que, sumado al dictado de otro tipo de normas que

(6) Cabe señalar que dicha reducción fue luego corregida sólo respecto del Régimen de Reparto, dictándose el decreto 1676/2001 que estableció que la reducción se continuaría aplicando exclusivamente a los trabajadores en relación de dependencia afiliados al Régimen de Capitalización. Por decreto 203/2002 se dispuso volver progresivamente al 11%, elevándose

fomentaron diversas modalidades de contratación laboral sin pago de cotizaciones patronales, en la práctica no dieron el resultado esperado en lo que hace a los grandes números, pero tuvieron influencia negativa en la recaudación previsional, produciendo un notable desfinanciamiento del sistema.⁽⁷⁾

2 | Trabajo no registrado: normativa aplicable

La ley 24.013⁽⁸⁾ que, entre otras cuestiones, sanciona la regularización del empleo no registrado, caracteriza a éste como aquella relación de trabajo no inscripta 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, o en los registros mencionados en el art. 18, inc. a) (art. 7) —supuesto para el cual prevé una indemnización especial—.

Asimismo, la norma castiga con indemnizaciones especiales a aquellos supuestos en los cuales el empleador haya consignado en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9), o una remuneración menor que la percibida por el trabajador (art. 10).

Las indemnizaciones previstas por dicha normativa procederán cuando el trabajador o la asociación sindical que lo represente cumplimente en forma fehaciente la intimación al empleador a fin de que proceda a la inscripción, establezca la fecha real de ingreso o el verdadero monto de las remuneraciones, y proceda de inmediato y, en todo caso, no después de las 24 horas hábiles siguientes, a remitir a la Administración Federal de Ingresos Públicos copia del requerimiento.

Esta ley dispuso como incentivo al blanqueo que los empleadores que registraren espontáneamente y comunicaren de modo fehaciente al trabajador,

.....
el aporte al 7% a partir de 01/03/2003, al 9% en julio de 2006 (decreto 788/2005) y al 11% a partir de octubre de 2006.

(7) PAYA, FERNANDO H. y MARTIN YAÑEZ, MARÍA T., *Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, Tomo I.

(8) Publicada en BO 17/12/1991, n° 27.286.

dentro de los 90 días de su vigencia, las relaciones laborales establecidas con anterioridad a dicha vigencia y no registradas, quedarán eximidos del pago de los aportes, contribuciones, multas y recargos adeudados —incluyendo obras sociales, emergentes de esa falta de registro—. Asimismo, dispuso que esos beneficios también se apliquen a que aquéllos que dentro del mismo plazo rectificaren la falsa fecha de ingreso o consignaren el verdadero monto de la remuneración de una relación laboral establecida con anterioridad a la vigencia de esta ley y comunicaren, simultánea y fehacientemente, al trabajador esta circunstancia. Sin embargo, a los fines previsionales, las relaciones laborales registradas según lo dispuesto en este artículo podrán computarse como tiempo efectivo de servicio pero no acreditarán aportes ni monto de remuneraciones.

Por otra parte, es de señalar que tanto la Ley de Empleo 24.013, en su art. 17, como la Ley de Contrato de Trabajo 20.744,⁽⁹⁾ en el art. 15, fijan la obligación de la autoridad administrativa o judicial de poner en conocimiento del Sistema Único de Registro Laboral o del Instituto Nacional de Previsión Social, Caja de Asignaciones y Subsidios Familiares y Obras Sociales, y de la AFIP las resoluciones que reconozcan el derecho a percibir las indemnizaciones previstas en la ley 24.013, o los acuerdos conciliatorios, con el objeto que tales organismos establezcan, si existen, obligaciones omitidas, y procedan en su consecuencia.

Asimismo, respecto de la intervención que le cabe a la Administración Federal de Ingresos Públicos, corresponde destacar las vastas facultades que le otorga el art. 35 de la Ley de Procedimiento Fiscal 11.683⁽¹⁰⁾ que, expresamente, prevé que la misma tendrá amplios poderes para verificar en cualquier momento, inclusive respecto de períodos fiscales en curso, por intermedio de sus funcionarios y empleados, el cumplimiento que los obligados o responsables den a las leyes, reglamentos, resoluciones e instrucciones administrativas, fiscalizando la situación de cualquier presunto responsable.

Es decir que, sumado al papel de custodio de sus aportes, en que la normativa vigente coloca al trabajador, el Estado asume su rol a través del poder de policía que ejerce la AFIP en la lucha en pos de la regularización del empleo no registrado y de la lucha contra la evasión fiscal y previsional.

(9) Publicada en BO el 27/09/1974, n° 23.003 (modificada por ley 25.345, en BO 17/11/2000).

(10) Publicada en el BO el 12/01/1933, n° 11586.

Por último, respecto nuevamente de la mencionada función de custodio del trabajador, cabe remarcar que entre las obligaciones que el art. 58 de la ley 18.037 ponía en cabeza de los afiliados, se encontraba la de denunciar a la autoridad de aplicación todo hecho o circunstancia que configure incumplimiento por parte del empleador a las obligaciones establecidas por las leyes nacionales de previsión. Se trata de una obligación que reitera el art. 13 de la ley 24.241 para los afiliados en relación de dependencia, en idénticos términos, agregando que:

“La autoridad de aplicación, en un plazo no mayor de 45 días, deberá investigar los hechos denunciados, dictar resolución desestimando la denuncia o imponiendo las sanciones pertinentes y efectuar la denuncia penal, según corresponda, y notificar fehacientemente al denunciante todo lo actuado y resuelto. El funcionario público que no diera cumplimiento a las obligaciones establecidas en este inciso incurrirá en falta grave”.

3 | Consecuencias del blanqueo a los fines previsionales

Cabe ahora preguntarnos qué sucede cuando el trabajador en situación irregular procede a intimar a su empleador al blanqueo, tal como lo establecen las normas señaladas.

Si dicha intimación dio lugar a un proceso judicial que culminó con una sentencia o acuerdo homologado judicialmente que condenó al empleador, tanto a abonar tanto las diferencias salariales denunciadas como a efectuar las contribuciones previsionales ajustadas a las conclusiones de la sentencia y a otorgar el certificado correspondiente, el trabajador tiene derecho a que el organismo previsional le reconozca los servicios denunciados o el mayor salario a los fines jubilatorios.

Ahora bien, ¿qué ha sucedido ante la falta de ingreso de los aportes y contribuciones al momento de solicitar el beneficio? Si bien la jurisprudencia ha sostenido el principio del rol de custodio que debía tener el trabajador, lo cierto es que si durante el proceso se probó la efectiva prestación de los servicios y se presume que éste pudo no tener conocimiento de la omisión, podrá acceder al beneficio.

Así, en la causa “Díaz, María Petrona c/ ANSeS s/ dependientes: otras prestaciones”⁽¹¹⁾ del 05/09/2000, la CSJN declaró la deserción del recurso deducido por el organismo previsional, al no hacerse cargo de los argumentos de la sentencia dictada en la instancia anterior donde se sostuvo que el ente tan sólo citaba en forma dogmática el art. 58 de la ley 18.037 para fundar su resolución denegatoria y no tenía en cuenta la existencia de recibos de sueldos con las formalidades de ley; todo lo cual hacía presumir que la titular desconocía que no se realizaban los aportes y contribuciones.

Un año después de dicho pronunciamiento, el Tribunal Cimero falló en la causa “Rivero Lydia c/ ANSeS s/ dependientes, otras prestaciones”,⁽¹²⁾ del 06/03/2001, en la que sostuvo que:

“Más allá de las facultades de fiscalización asignadas a los organismos administrativos respecto de la integración de los aportes y contribuciones que componen los recursos de la seguridad social, constituye una obligación del empleador el depósito de las sumas descontadas en concepto de aportes personales que no puede perjudicar al dependiente cuando no se demuestra que conocía el incumplimiento, máxime en el caso en que la empresa para la que trabajaba la actora confeccionó el certificado de servicios respetando las exigencias legales (arts. 25 y 56 de la ley 18.037)”.

Es decir, que deberá examinarse la situación de cada peticionario en particular, y sólo será aplicable la sanción prevista en el art. 25 de la ley 18.037 a los períodos posteriores al año 1976, y en la medida en que el interesado tenga un cabal conocimiento de la falta de retención o incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador.⁽¹³⁾

Resta señalar qué sucede si la remuneración no se puede acreditar o si hay diferencias en la misma. En dicho sentido, cabe destacar la sentencia recaída *in re* “Real, Antonio Lorenzo”, CSJN, del 8 de febrero de 2011,⁽¹⁴⁾ a

(11) Fallos 323: 2393.

(12) Fallos 324: 641.

(13) Ver doctrina del Alto Tribunal sentada en Fallos 319:2028 y 323:2054.

(14) Fallos 334:9.

que supuso un cambio en el criterio sustentado hasta el momento por los tribunales del fuero que usualmente consideraron que la sentencia laboral sólo producía efectos entre las partes litigantes pero no con respecto a terceros, toda vez que la responsabilidad por el ingreso oportuno de las cotizaciones previsionales se encuentran fundamentalmente en cabeza del empleador y si el trabajador consiente durante larga data percibir salarios en negro, en flagrante violación a la legislación de seguridad social, es evidente que no puede pretender luego un ajuste de su haber jubilatorio con fundamento en dichos salarios por los que no se realizaron aportes.

En el caso que comentamos, la Corte revocó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social por cuanto entendió que el tribunal omitió la prueba aportada en el expediente que tramitó en sede laboral, en cuanto allí se determinaba que el empleador obligado debía ingresar esos recursos al sistema y además, a pesar de que la ANSeS afirmaba tener en cuenta las conclusiones de la sentencia mencionada en orden al cómputo de los servicios prestados por el trabajador), no se consideró un aspecto conducente: cumplir con el requisito que ahora se traslada al trabajador, en su perjuicio (y, eventualmente, la Administración, que era la obligada a controlar que así ocurra).⁽¹⁵⁾

No obstante lo expresado hasta el momento, no es ocioso recordar que el criterio sustentado por la Cámara del fuero encontraba también fundamento en el propio art. 15 LCT en cuanto señala que: "En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgar la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social".

Respecto de este punto la Cámara Federal de la Seguridad Social, sostuvo que si bien, en virtud de lo dispuesto por el señalado art. 15 de la ley 20.744,

.....

(15) La sentencia laboral había condenado a la empleadora a abonar tanto las diferencias salariales denunciadas, como a efectuar las contribuciones previsionales ajustadas a las conclusiones de la sentencia y el certificado correspondiente.

los acuerdos transaccionales homologados ante autoridad administrativa o judicial no son oponibles a los organismos de recaudación, el ente fiscal no está relevado de probar la relación de dependencia que pretende ni de procurar todas las medidas de prueba pertinentes.⁽¹⁶⁾

Sin perjuicio de ello, es una realidad ostensible que poner en cabeza del trabajador la obligación de denunciar al empleador incumplidor implica el riesgo de sufrir un despido que condiciona la libre determinación de aquel.

4 | Cómo juega el cómputo de la prescripción

Tal como señaláramos precedentemente las normas aplicables en la materia imponen la obligación de informar a la AFIP los pronunciamientos dictados en casos de empleo no registrado, a los fines pertinentes. Esta denuncia adquiere relevancia a los efectos del cómputo de la prescripción de los créditos.

En efecto, la Administración Federal de Ingresos Públicos determina la deuda después de conocer la sentencia laboral, sólo por los períodos no prescriptos. Sin embargo, existen discrepancias, en la doctrina y en la jurisprudencia, respecto del momento que debe comenzar a correr el plazo de prescripción.

Para quienes la falta de registración del contrato de trabajo, que genera la obligación de realizar aportes, motivó que el fisco se viera imposibilitado de perseguir su cobro, el plazo de prescripción debe correr desde que éste fue notificado del fallo que determinó la existencia del vínculo laboral no declarado, ya que sólo desde dicho momento habría certeza respecto de la existencia del crédito.

No obstante, actualmente la Cámara del fuero previsional abona el criterio que, atento las amplias facultades que el art. 35 de la Ley de Procedimiento Fiscal otorga al fisco para determinar la existencia de créditos a su

(16) Cám. Fed. Seg. Soc., Sala I, "Anastasio, Julián Esteban c/ AFIP – DGI s/ Impugnación de deuda", noviembre 2004, SD 111.929, Expte. n° 16.353/2004.

favor, el plazo de prescripción debe computarse desde el devengamiento; es decir, desde que cada aporte es debido y no desde que la AFIP tomó conocimiento.

Esta nueva postura de la Cámara Federal de la Seguridad Social implicó un cambio respecto del criterio sustentado en los antecedentes “Unilever”⁽¹⁷⁾ —Sala I, 07/02/2005— y “Editorial Perfil”⁽¹⁸⁾ —Sala III, 09/08/2005—. Sin embargo, las dos salas mencionadas modificaron dichas posiciones en los casos “Clorox Argentina S.A.” —Sala I, 24/11/2006— y “Maitor S.R.L.” —Sala III, 30/04/2006—, en función de las amplias facultades con que cuenta el Fisco para fiscalizar a los contribuyentes. Desde otra óptica, la Sala II del fuero en autos “Sherwin Williams Argentina S.A.”, del 30/04/2006, sostuvo que es la propia demanda laboral interpuesta por el trabajador la que interrumpe la prescripción de las obligaciones previsionales.⁽¹⁹⁾

Conforme lo dispone el art. 16 de la ley 14.236, “Las acciones por cobro de contribuciones, aportes, multas y demás obligaciones emergentes de las leyes de previsión social prescribirán a los diez años...”. Sin embargo, es de señalar que para el trabajador el tiempo de prescripción para exigir el otorgamiento del certificado de aportes y remuneraciones por el periodo trabajado en negro, o con haberes parcialmente en negro, es de dos años, por aplicación de lo dispuesto en los art. 80 y 256 LCT.

En efecto, al ser la obligación establecida en el art. 80 LCT de carácter contractual, es prescriptible y se encuentra sujeta al plazo bienal del art. 256 del mismo cuerpo legal.

.....

(17) En este caso, la Sala entendía que si bien el plazo de prescripción corre desde el vencimiento de la obligación, el ocultamiento de la relación laboral configura una imposibilidad de hecho en los términos del mentado art. 3980 CC, que autoriza a dispensar de la prescripción cumplida si el acreedor actúa dentro de los tres meses.

(18) Por su parte, la Sala III había señalado que el hecho imponible lo constituye la sentencia laboral que reconoce los períodos laborales reclamados, siendo a partir de la misma y de que el fisco es notificado que se computa la prescripción.

(19) “La actividad del trabajador tendiente a blanquear su situación con directa incidencia en la faz previsional, es válida para interrumpir el plazo de prescripción. Por ello, si la función de la AFIP – DGI se inició debido a la comunicación de la Justicia del Trabajo sobre la existencia de sentencia firme, de la que resulta una situación laboral motivante de deuda previsional, corresponde rechazar la solicitud de la recurrente a que se consideren prescriptos los períodos reclamados”. Cám. Fed. Seg. Soc., Sala II, “Sherwin Williams Argentina S.A. c/ AFIP – DGI s/Impugnación de deuda”, del 18/04/2006, SD 116.194, Expte. n° 3576/2005, Boletín de Jurisprudencia n° 43.

5 | A modo de cierre

A lo largo del presente trabajo se intentó destacar que, tanto desde la óptica del derecho laboral, como desde el ámbito de la seguridad social se trata de enfrentar el flagelo del trabajo informal siendo necesario compatibilizar acciones en pos de lograr su erradicación.

Este objetivo resulta fundamental a efectos de mantener la sustentabilidad del sistema previsional, cuya financiación genuina debiera estar dada mayormente por el ingreso de los aportes y contribuciones, sin perjuicio de tener en cuenta los aportes que el Estado nacional efectúa al sistema a través del ingreso de otros recursos tributarios para solventar las prestaciones previsionales

En un régimen que adopta como mecanismo de financiamiento el sistema de reparto, y en el que las cotizaciones sociales debieran constituir el sostén principal, es condición excluyente la correcta conformación y pago en término del tributo.⁽²⁰⁾

Como una herramienta más, en esta vía creemos que podrían crearse normas que prevean la posibilidad de una acción directa del trabajador contra la empleadora una vez finalizada la relación laboral, a efectos de que ésta cumplimente el ingreso de los aportes y contribuciones, y el trabajador pueda así acceder al beneficio jubilatorio; todo lo cual mejoraría la actual situación en la que el trabajador se encuentra limitado a una mera denuncia ante los organismos de control, quedando a las resutas del accionar de éstos.

Finalmente, es menester elaborar políticas de concientización de la sociedad toda, respecto de la importancia de esta problemática que, en definitiva, tiende a cubrir las contingencias de subsistencia y ancianidad que afecta a todo ser humano.

(20) ROSSI, PATRICIA y PICONE, JAVIER B., "Breve análisis del trabajo tercerizado y la responsabilidad solidaria en relación con el sistema de seguridad social", en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° I, Bs. As., Ediciones Infojus, pp. 205/223.

Hiposuficiencia negocial y de reclamación del trabajador: su injerencia en la falta o deficiencia de la registración del vínculo laboral

por **MÓNICA SIROUNIAN**⁽¹⁾

I | Finalidad del derecho del trabajo

Desde su génesis, el derecho del trabajo está dirigido a la composición de los conflictos sociales. En efecto, su sustento, su razón de ser, radica en su aparición como forma de nivelar los desniveles en que las partes se hallaban inmersas en la contratación laboral. Intenta tutelar al económicamente más débil y por ello, lo protege con especial cuidado. Aún desde su nacimiento y si bien en aquella época el Estado no intervenía, la suerte era definida obviamente por quien tenía en su poder los bienes económicos ya que éstos permitían la toma de decisiones con una adhesión por parte de quien prestaba el servicio. Es decir, era escasa su participación negocial en este sentido. Sin un Estado interventor, las partes signaban la suerte que definía sus vinculaciones. Era fácil comprobar entonces que numerosos beneficios no quedaban a favor del trabajador; su obtención fue producto, más bien, de

.....

(1) Prosecretaria Administrativa en la Fiscalía del Trabajo N° 8, abogada y *Magister* en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF).

una verdadera conquista social. Durante siglos se prestó trabajo para otros, sin que apareciera la necesidad de darle a estas relaciones una normativa especial. Pero, conjuntamente con lo que conocemos con el nombre del conflicto social inherente al capitalismo industrial, apareció la mencionada necesidad. Los intereses de los dueños del capital y los de los trabajadores que cambian su tarea por un salario, son contrapuestos. Éste es el escenario que se mantuvo vigente desde aquella época y subsiste hasta nuestros días, en el plano de realidad. El empresario busca aumentar sus beneficios con el menor costo posible porque ello hace a su mayor rentabilidad —por ejemplo, aumentando la jornada y disminuyendo los salarios—. Los trabajadores, a la inversa, pretenden una mayor remuneración, si es posible mediante participación en las riquezas, y la disminución de su tiempo de trabajo.

El derecho del trabajo aparece así como el conjunto de normas que, teniendo en cuenta la **hiposuficiencia** de los trabajadores, busca componer el conflicto a través de la imposición de normas que garanticen la disminución de las tensiones a través de una legislación protectoria. Como sostuvo Goldsmith, a través de una discriminación positiva en favor del trabajador se busca nivelar y reestablecer los niveles de desigualdad naturales para, al menos, intentar equiparar la negociación contractual entre las partes. Ello, fundamentalmente, porque no hay que olvidar que el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios —que, obviamente, exceden el marco del mercado económico—. En tanto el protagonista de este derecho es el hombre de trabajo, sus normas tienen un contenido dirigido a su dignificación. Tal premisa fue reconocida por nuestro ordenamiento laboral que, en el párr 2 del art. 4 LCT, dispone: “El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley”. Dicha disposición revela la faz **dignificante del trabajo**, por cuanto el trabajador, aunque sea una obviedad, no es una máquina ni una computadora, sino un hombre y, como tal, debe ser tenido en cuenta.

2 | Hiposuficiencia negocial y de reclamación

La dignidad del trabajador es el eje alrededor del cual gira toda la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional, tal como

sostuvo la Corte Suprema de Justicia en el relevante caso “Aquino”.⁽²⁾ En virtud de tal precepto, me gustaría poner el acento no sólo en la hiposuficiencia negocial que padece el trabajador, aun con las normas imperativas y protectorias que rigen la materia, sino en su hiposuficiencia reclamaciona. Ello por cuanto es innegable que durante la vigencia de la relación laboral resulta prácticamente inexistente los reclamos que puede siquiera esbozar el dependiente como tal. Es, precisamente, por el temor a la pérdida de su fuente de trabajo que calla y consiente con su silencio situaciones que le resultan plenamente desfavorables. Por esa misma razón, cuando el informe del grupo de expertos en relaciones laborales abordó dicho tópico, no surgieron disidencias en cuanto al “diagnóstico” que en tal sentido existe, desde hace largo tiempo, en las relaciones laborales.

El desafío consiste en encontrar una solución para que el trabajador, durante la vigencia del contrato del trabajo, pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por el empleador, pues la realidad nos demuestra todos los días que, ante un reclamo que en, tal sentido, pudiera interponer el trabajador tiene, como consecuencia, el despido como sanción.

En particular, estimo relevante tratar el tema de las consecuencias que la hiposuficiencia en el reclamo puede reflejar en relación con el incumplimiento del deber del empleador de, en primer lugar, registrar y, luego, de ratificar o rectificar el vínculo laboral existente.

3 | Consecuencias vislumbradas en la falta de registración o registración deficiente del vínculo laboral. Reflexiones

El derecho del trabajo es de esencia protectora, precisamente para equiparar las desigualdades existentes en forma natural en las relaciones laborales. Mediante una discriminación positiva se trata de proteger más fuertemente al trabajador para así intentar lograr un equilibrio en las relaciones laborales. Se intenta ponderar al trabajador para elevarlo de su desigual-

(2) CSJN, “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A s/ accidente – ley 9688”, 21/09/2004.

dad, subirlo en un peldaño de manera tal de obtener una proporción que lleve a que estas desigualdades que existen de manera natural, no sean tales. Se trata de una protección que es imperativa, fundada en normas de orden público y, por ende, no disponibles para las partes. El principio protectorio sustenta y nutre todo el sistema laboral. Sin éste, el derecho del trabajo carecería de su razón de ser y se retrotraerían las situaciones laborales a las imperantes antes de su nacimiento: un verdadero sinsentido.

No obstante esta protección, visualizada en las distintas reglas de aplicación del principio protectorio, se advierte una tendencia a la proliferación de “zonas grises” —que impone la nueva organización productiva— o, lisa y llanamente, a las prácticas fraudulentas.

El fenómeno descrito conduce a una “crisis” del derecho del trabajo en nuestro país. Se trata de un fenómeno que ha motivado distintos intentos de conceptualización en el derecho comparado, tal como la “parasubordinación”, en el derecho italiano o la categoría “personas asimilables a los asalariados”, del derecho germánico. Se impone la tutela del económicamente dependiente. Resalto la importancia denotativa de la subordinación económica ante la jurídica porque es dicha condición la que lo lleva, precisamente, a ser subordinado jurídicamente pues es en razón de ello que se somete al acatamiento de las órdenes o directivas impartidas por el empleador. Es subordinado jurídico porque es, en primera instancia, subordinado económico, dependiente económicamente. Por ello es que, tal como se pone de manifiesto en el distinguido trabajo del grupo de expertos en relaciones laborales, la sumisión a órdenes no debería considerarse ya como el elemento característico del trabajador dependiente. Ahora bien, la subordinación económica unida a la hiposuficiencia en la reclamación produce un cóctel explosivo a la hora del “acatamiento forzado” que se ve reflejado en el tema de la registración laboral, al menos, mientras se mantenga viva la misma, por obvias razones.

En efecto, se produce este acatamiento forzado, coactivo, porque el trabajador no puede discutir, pactar el contrato que viene con el paquete o combo que le es ofrecido, el que puede incluir tanto una registración deficiente como una falta total de registración. Poco importa, desde la óptica del dependiente, los daños que a futuro, y como consecuencia de la carencia o registración deficiente, le provoquen desde el punto de vista provisional. El trabajador se ve imposibilitado de poder discutir ello

pues la lógica consecuencia —o, mejor dicho, la más previsible, todos lo sabemos—, es la del despido más allá que éste es luego disfrazado, muy probablemente, bajo la apariencia de uno producido con justa causa. En suma, ante un reclamo por correcta registración laboral, la consecuencia inmediata es el despido.

Sin soslayar la protección que existe contra el acto rescisorio arbitrario, lo cierto es que, salvo raras excepciones, el dependiente busca la continuidad laboral. Ello, sobretudo, ante el transcurso de los años ya que su inserción futura en el mercado laboral resulta cada vez más restringida y limitada ante el avance de la edad. Se aplica, en el mercado laboral, en este sentido, la regla directamente proporcional de “a mayor edad, mayor probabilidad de quedar fuera del mercado laboral”. Máxime si el desocupado o potencial desocupado, no cuenta con una especialización que lo lleve a destacarse en la masa de desempleados. Esta realidad, dura por cierto, es la que lo conduce a silenciar los incumplimientos de los deberes del empleador. Cabe poner de resalto que, ante la ruptura, podría deducirse un vicio en la voluntad porque el elemento vital de la libertad, que hace junto con la intención, discernimiento y voluntad un acto plenamente válido, se encuentra viciado, forzado ante la necesidad de percibir mes a mes, quincena a quincena o en forma diaria el sustento económico para sí y su familia. Podría argüirse, inclusive, una lesión subjetiva en los términos del art. 954 CC.

Esta actitud silente luce de manera diáfana ante, reitero, los distintos incumplimientos en que puede incurrir el empleador. En esta esfera, el trabajador no tiene la suficiente protección. Amén de la actuación que pudiera tener el sindicato de la actividad de que se trate, lo cierto es que el trabajador si no cuenta con tutela sindical, no puede, en la práctica, efectivizar, sin ninguna sanción en lo inmediato, reclamo alguno. No al menos sin el proceso previo de exclusión de tutela. Con ello puede observar cómo período tras período su recibo de sueldo, en caso de poseerlo, refleja injusticias en relación con lo “real” de su remuneración, categoría laboral, antigüedad, horario. El supuesto descripto lo es, en el mejor de los casos, pues puede ocurrir que no posea tal documentación tal como ocurre en el caso de los trabajadores en situación totalmente irregular: los conocidos socialmente como “trabajadores en negro”, en este caso, en forma total.

Se ha intentado, vanamente, paliar esta situación mediante la implantación de multas e indemnizaciones agravadas conforme lo dispone la ley 24.013, para así disuadir al empleador y estimularlo al “blanqueo total” de su plantel de empleados pero la realidad indica que el éxito esperado no ha llegado aún. Parece ser que la problemática es más difícil.

La solución, en mi humilde opinión, estaría dada por un conjunto de herramientas y mediante **su actuación conjunta**. Resulta necesario, en primer lugar, un aumento en el cuerpo de inspectores que posibiliten un adecuado, eficiente y oportuno control de la autoridad de aplicación. Ciertamente es que priman razones presupuestarias para tales designaciones pero la función de control del Ministerio de Trabajo es elemental y amerita, a mi entender, tal reestructuración. La función de contralor, en este ámbito, es vital pues, de esta forma, se puede suplir la actitud silente que, por temor a la pérdida de su fuente de trabajo, sostiene el dependiente. Se supervisa, de este modo, el correcto cumplimiento a las normas que rigen nuestra materia. Si esta actividad se efectúa de manera sostenida, en las organizaciones empresariales ya no se requerirá una denuncia por parte del trabajador para instar este proceso. El trabajador quedará, en este sentido, protegido. Se trata de un control que importa levantar las respectivas multas o clausuras, en los casos más graves, ante las infracciones que en materia laboral se detecten. En este punto resultaría necesario también efectuar una rotación de los inspectores a fin de evitar que determinados inspectores supervisen siempre las mismas empresas: deberían asignarse distintas zonas a controlar y disponer que los inspectores roten de zona en un período breve de tiempo a fin de evitar una posible corrupción y, por ende, evasión.

En segundo lugar, y también en forma conjunta, es necesaria la actuación de la organización sindical de primer grado o de segundo, en procura de la defensa de los derechos de los trabajadores que agrupa; una acción que no sólo deberá contemplar el tema de la correcta registración, sino que deberá comprender todo lo que hace al ámbito de trabajo. En definitiva, de velar por el cumplimiento de los derechos que, con sustento en el art. 14 bis CN, rigen nuestra disciplina: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, merecido descanso y vacaciones pagas, salario mínimo vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, organización sindical libre y democrática, estabilidad del empleado público, condiciones de higiene y seguridad, y el respeto por los derechos garantizados a los gremios.

En tercer lugar, también y aunque parezca extraño, es necesaria la coacción de los mismos grupos empresarios; es decir, ante el cabal cumplimiento de las normas establecidas, un empresario podría verse perjudicado ante la competencia en el mercado de otro empresario que, por no acatar las normas imperativas, ofrece precios más bajos que los suyos. Obviamente, se verá perjudicado ante tal situación. Tiene allí dos opciones: o toma el camino elegido por su competidor, o sostiene su correcto proceder. A fin de motivar el sostenimiento del buen proceder de un buen empleador, podría implementarse un sistema que permita que sean los mismos empresarios los que publiciten su cabal cumplimiento, la imagen de empresa que eso conlleva, el respeto por los derechos humanos que dicha postura implica. Podrían emitirse, por la autoridad de aplicación, certificados con calificación que demuestren estos supuestos y en los que se pondere a tales empresas; y podría preverse que estos certificados tengan proyección nacional e internacional. La sociedad, inclusive, podría también denunciar ante el Ministerio de Trabajo las empresas que cumplan en cabal forma la normativa vigente para que éstas, una vez comprobado tales extremos, puedan acceder al certificado referido. Asimismo, podría implementarse a fin de favorecer y posibilitar un fácil acceso, una página de internet. Incluso dichas organizaciones empresariales o empleadores podrían ser merecedores de algún beneficio fiscal en caso de mantener esta actitud intachable por un determinado período de tiempo que, a tal fin, se establezca.

Esta situación no puede atacarse desde un solo lugar. No puede revertirse con intentos individuales: resulta necesario un accionar conjunto. También es imperioso y fundamental un cambio en la ideología social.

En definitiva, estimo, la solución estaría dada por una reversión de modelos. Para ello creo que hay que producir o, al menos intentar producir, aunque sea en forma gradual, un cambio de pensamientos, un cambio de valores, de manera tal que se vea al empleado como una persona en un sentido amplio —y no como una variable de ecuación y de ajuste—, con derechos a tutelar, de manera efectiva, durante la vigencia del vínculo laboral.

Los empresarios, acostumbrados a efectuar cálculos, realizan continuamente ecuaciones numéricas. Efectúan tanto una valoración de ganancias como de costos reales y estimativos, y realizan proyecciones en base a ello. Al efectuar el cálculo "costo-beneficio" correspondiente a examinar

si resulta más beneficioso el blanqueo de los dependientes y el costo que insume, aun considerando que ello le reportaría quedar liberado de las multas e indemnizaciones que su omisión conlleva, arriban al resultado, moralmente y éticamente equívoco en mi opinión, que conviene más seguir así, con el plantel oculto, en "negro", ya sea en forma parcial o total. Entonces determinan, en los casos de empresas previsoras, un rubro a fin de cubrir las sumas que podrían reclamarse en el futuro y de llegar el dependiente a entablar juicio. Tienden a cubrir una eventual condena por indemnizaciones varias y deficiencias en registración. También es cierto que a este panorama coadyuva la cruda verdad de que no todo el que tiene derecho a accionar judicialmente lo hace. El desgaste emocional, físico, económico y el stress que ello puede ocasionar abortan muchas veces los leves intentos de cristalizar el reclamo judicial y no son pocos los que, ante tal circunstancia, eligen no litigar. Ello no escapa a la visión empresarial y es tenido en cuenta en este cálculo matemático referido precedentemente. Así, mediante el análisis de todos estos factores, llegan a la conclusión que no todo aquél que resulte despedido accionará. Ante tal circunstancia, resulta menos oneroso continuar con la actividad del trabajo en negro o deficientemente registrado.

La prueba, por otra parte, resulta muchas veces nefasta. Los testigos que puede aportar el ex dependiente son, la mayoría de las veces, sus propios compañeros de trabajo, los que podrían continuar bajo las órdenes del empleador y, ante la denuncia de los hechos ocurridos o actualmente vigentes, verían amenazada su fuente de trabajo. Dicha circunstancia, el temor de un posible y probable despido como sanción por su declaración, se vería reflejada en ella. Si son ex compañeros en litigio judicial, sus declaraciones podrían ser impugnadas. Obviamente, no podrían contar con la producción de prueba pericial contable ya que, ante la ausencia de registración, sería inconducente. Si estuvo parcialmente registrado, resulta harto difícil comprobar la consignación de datos erróneos en los libros contables. En tribunales, es sabido, no gana siempre el que tiene razón sino el que mejor prueba que la tiene. La justicia, como valor, queda reducida a las probanzas de autos, sin perjuicio de lo que el juez estime al efectuar la valoración de ellas en función de su sana crítica. Esto marca una suerte de "trampa o valladar" que resulta imposible soslayar ante un asesoramiento legal, por lo que siempre resulta, a todas luces, mejor obtener un acuerdo transaccional que, si bien no logre la obtención cabal de

las sumas debidas, permita cobrar un porcentaje considerable del crédito adeudado, elementalmente descartando la solvencia de la empresa. Aquí se agrega otro factor “condicionante”: la amenaza latente de una quiebra, concurso o posible insolvencia futura de la deudora. Dentro del rubro de las posibilidades siempre puede insolventarse y entrar en cesación de pagos. Ante un arreglo conciliatorio se estaría evitando el fantasma de la insolvencia futura en que pudiera incurrir la empresa, con los consiguientes inconvenientes suscitados ante un concurso o quiebra. Es éste otro factor que el correcto asesoramiento letrado toma en cuenta, tal como también, lo hace la parte empresaria y ello incide, de más está decirlo, en el monto objeto del acuerdo.

Esta es la situación que circunda y cercena al trabajador a la hora de pensar si efectúa o no su reclamo. A lo que se suma la real falta de obtención de un nuevo trabajo en cercano plazo.

4 | Diagnóstico y propuestas

El sistema de relaciones laborales en nuestro país se caracteriza por un elevado grado de incumplimiento y evasión de normas y regulaciones, así como por una insuficiencia del orden jurídico y del aparato de control para proteger adecuadamente a los trabajadores frente a esa situación. Resulta necesario crear mecanismos adecuados y *de acción conjunta* que posibiliten ejercer un control adecuado para evitar conductas disvaliosas y antijurídicas a fin de sancionar, razonable y oportunamente, todo incumplimiento de los deberes de prestación y de conducta por parte de los empleadores. A dichos efectos, el grupo de expertos⁽³⁾ ha elaborado propuestas a las que adhiero y a las que agrego algunas consideraciones.

- a. Aumento en el cuerpo de inspectores del Ministerio de Trabajo a efectos de posibilitar un adecuado, eficiente y oportuno control. Con esta actividad se puede suplir la actitud silente que mantiene el trabajador ante el temor por un despido a modo de sanción.

.....

(3) Ver, en tal sentido, la publicación del Presidente del grupo de expertos en relaciones laborales, VALDOVINOS, OSCAR, *Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en Argentina*, 1ra. ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, junio 2008, Cap. II, p. 45 y ss.

- b. Inspecciones en forma rotativa. Se evita la perpetuación de los mismos inspectores en determinadas organizaciones empresariales y, con ello, una posible corrupción con el objeto de evitar sanciones por evasión a las normas laborales.
- c. Actuación de organización sindical de primer grado o de segundo, con o sin personería jurídica, en procura de la defensa de los derechos de los trabajadores que agrupa y de velar por sus condiciones dignas de trabajo.
- d. Coacción de los mismos empresarios. Ante un incumplimiento de una empresa competidora y evasora de sus cumplimientos fiscales y previsionales, el empresario que cumple en correcta forma sus deberes se encuentra, respecto de los precios de sus productos, en una posición inferior en virtud de las cargas impositivas y costos trasladados al producto. Este empresario se ve afectado, perjudicado, por ser un "buen empleador". Ante tal situación, podría implementarse un sistema de emisión de certificados de buen cumplimiento fiscal, con calificación y proyección nacional e internacional. Este certificado ponderaría el empleador cumpliente sobre aquél que no lo es y ello incidiría en la imagen óptima que la empresa podría tener en la sociedad y en su lógico reconocimiento. Es la mejor publicidad. Tal certificación concientizaría a la población y, probablemente, provocaría un aumento en la venta de sus productos. Asimismo, los empresarios que obtengan el certificado mencionado podrían ser merecedores de algún beneficio social en caso de mantener, en un plazo determinado por la reglamentación, su calificación y óptimas condiciones fiscales y previsionales.

5 | Conclusiones

El panorama no es alentador pero quienes amamos el derecho del trabajo vemos en él la necesaria herramienta para lograr una real protección del hiposuficiente negocial y reclamacional. Queda el desafío para evitar que, mediante mecanismos fraudulentos y desdeñables, se induzca a un menosprecio por la dignidad del trabajador tan sólo porque resulta económicamente más rentable.

Este reto implica no sólo esbozar ideas, lineamientos, sino también bregar por la concreción de ellos. El camino no es fácil. El cambio de mentalidad, tampoco; pero no resulta imposible. Si lo vemos como imposible, nada nos impulsaría a caminar en tal sentido, sencillamente porque nos parecería que no produciría frutos. Si pensamos y sostenemos que es algo factible de lograr, aunque sea ínfimo, los esfuerzos no serían fútiles. Todo

esfuerzo, todo intento, es productivo. No hagamos con ello un “trabajo a reglamento”, una “huelga de brazos caídos”. Animémosnos a considerar que aunque el hoy no luzca esperanzador no tiene por qué seguir siendo así. Mantener los ideales, esperar sin caer en la desesperanza hasta que se obtenga una mejoría, y actuar con ánimo aun en el desánimo, es el desafío. No es imposible. Si así lo hubiesen creído los constituyentes, los grandes juristas y fundadores del derecho del trabajo, no habríamos obtenido las grandes conquistas sociales. Los principios del derecho del trabajo existen y seguirán existiendo; es cuestión de hacerlos respetar con las máximas garantías constitucionales. El derecho del trabajo es esencialmente **tuitivo o protectorio**, protegiendo con mayor intensidad al trabajador. Sin la existencia del principio protectorio, del cual derivan las otras reglas de aplicación o los otros principios o directrices, nuestra disciplina no tendría razón de ser. No permitamos que esto sea sólo una letra muerta.

La dignidad del trabajador es el eje alrededor del cual gira toda la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional. Hagamos de esto un camino donde todos seamos parte. Empresarios, dependientes, sindicatos, delegados, letrados, legisladores, jueces: la sociedad en general. Es una realidad que a todos nos abarca y nos comprende. Comprometernos es el primer paso porque un camino está hecho, no nos olvidemos, de sucesivos pasos, simultáneos y concretos.

El empleo decente del trabajador extranjero

por CARLOS A. TOSELLI⁽¹⁾

I | Introducción

La reforma operada por la ley 25.877 puso como eje distintivo la búsqueda del empleo decente, con el ataque señalado al empleo no registrado como una de las formas más nocivas de la precariedad que afecta a los trabajadores que, en virtud de tal situación carencial, no poseen derechos básicos que se garantizan a los trabajadores, tales como el acceso a la obra social sindical, la posibilidad de tener cobertura en caso de desempleo y la formalización de aportes y el recibimiento de las contribuciones patronales que en un futuro determinarán sus beneficios dentro del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

La conceptualización respecto de qué debe ser considerado empleo decente fue aportada por el propio Ministro de Trabajo de la Nación cuando señalara que la norma se guiaba por dos criterios centrales: propiciar soluciones que favorecieran la creación de empleo decente, es decir, un **trabajo de calidad, realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana**; y en segundo lugar, promover aquellas fórmulas legales que estimulen la negociación colectiva, la preeminencia de las normas más favorables al trabajador y la solución de los conflictos por medio del acuerdo.⁽²⁾

(1) Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde setiembre de 1991. Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Postgrado en Universidades Estatales y privadas.

(2) TOMADA, CARLOS, "En busca de equilibrio y de honestidad", en *Diario La Nación*, Buenos Aires, 03/03/2004.

El trabajador extranjero generalmente se encuentra en una situación de vulnerabilidad, lo que ha motivado la preocupación de la OIT y el dictado del convenio 143 de dicho organismo. Esta situación compleja del extranjero migrante en búsqueda de empleo en país ajeno, se agrava y genera una problemática mucho más dificultosa, y que, en muchas ocasiones, lleva a casos de invisibilidad cuando este trabajador migrante, a su vez, es ilegal en el país de destino, y en numerosas ocasiones carece incluso de documentación que le permita circular, por lo cual la misma es retenida por el dador de trabajo, dando lugar a los casos conocidos de reducción a la servidumbre con fines de explotación sexual o de aprovechamiento laboral.

En este esbozo, trataremos de analizar el marco normativo que regula la situación del extranjero y señalaremos algunos casos jurisprudenciales paradigmáticos para que se puede tener una aproximación a la situación real que vivencian dichas personas, a las que sistemáticamente se somete a supuestos de vejaciones e iniquidades reñidas con la condición humana y en flagrante violación con los documentos, declaraciones y tratados que tienden a la protección del imperio del *ius cogens*, como marco referencial de la conciencia jurídica de la humanidad.

2 | Los aspectos normativos

Como marco general, debemos señalar que la situación de los trabajadores extranjeros, migrantes, tiene marco de protección en diversos instrumentos internacionales. En ese sentido, la declaración Socio Laboral del MERCOSUR dispone en el art. 1: "Todo trabajador tiene **garantizada** la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, **origen nacional**, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes".

Como se puede advertir de la mera lectura del texto generado en el ámbito del MERCOSUR se advierte que se exige un rol activo estatal y otorga un claro derecho a peticionar a aquel trabajador que fuera víctima de la conducta disvaliosa.

Por otra parte, el principio de la nacionalidad —que toma del Acuerdo Regional del Mercosur la nueva ley migratoria 25.871—, produce un cambio sustancial en los criterios para la obtención de la residencia para trabajar, debiendo solamente el trabajador del MERCOSUR acreditar su identidad y la documentación personal de rigor para acceder, sin necesidad de dar cuenta de una relación laboral, ni acreditar documentación alguna.⁽³⁾

La obligación de garantía es estatal a través de actos de sus tres poderes, es decir, el legislativo mediante el dictado de normas de fuente heterónoma que hagan efectiva la garantía proclamada, a más de la debida verificación de cumplimiento de dichas normas a través de la actividad inspectiva estatal, en su labor de policía del trabajo y también en función de la actividad jurisdiccional de protección de este derecho humano fundamental.

Como cuestión patológica debe destacarse que, bajo el pretexto de las dificultades migratorias que poseen los extranjeros, en muchas ocasiones se producen situaciones que lindan con la esclavitud y reducción a servidumbre de dichas personas, tal como se mencionara *supra* y se analizará *infra*, más allá de las disposiciones que surgen del texto de la ley migratoria 25.871, que asegura la protección y el ejercicio de los derechos a todos los migrantes, independientemente de su condición regular o irregular (art. 40), y sigue el criterio de la Ley laboral de Contrato de Trabajo sancionando el incumplimiento del empleador al contratar a un trabajador irregular, como un supuesto de contrato de objeto prohibido.

Gerardo Corres comentando dicha norma expresa que:

“... precisamente uno de los objetivos primarios de la ley es dar cumplimiento a los compromisos internacionales sobre los derechos humanos y movilidad de los migrantes; fomentar la inserción e inclusión, propiciando el fortalecimiento del tejido social y cultural del país a partir de la integración del migrante y su familia (art. 3). El respeto de la persona no abarca solamente la estancia, sino que la norma se preocupa enfáticamente en

(3) CORRES, GERARDO, “La Nueva Ley Migratoria. La situación de los trabajadores extranjeros. Algunas Particularidades del Mercosur”, en *Revista de Derecho Laboral, Contratación Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005.

asegurar en particular el respeto a la persona desde el instante mismo del ingreso hasta el egreso (art. 3, inc. f)".⁽⁴⁾

Dentro de ese contexto internacional, Argentina con fecha del 23 de febrero de 2007 ratificó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, y que en sus considerandos toma en cuenta el objeto de esta investigación cuando señala que se tiene presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales, y considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal, por lo cual dispone en su art. 25, apartado 3, que los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

En ese sentido, debe destacarse que el convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de todos los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (que constituyera el antecedente para la sanción de la ley 25.871), en su art. 1 refiere a todos los trabajadores migrantes independientemente de su condición, los que reciben la protección de los derechos humanos fundamentales.

En dicho convenio, se establece en su art. 3 que:

"... todo miembro debe adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como

(4) CORRES, GERARDO, op. cit., p. 219.

en colaboración con otros miembros: a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes, y b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el art. 2 del presente Convenio”, que refiere al combate contra el empleo clandestino e ilegal de trabajadores migrantes.

Este supuesto que conforma una variante más de discriminación evidente, por un contexto de desprotección que emana de la propia situación de debilidad en orden a sus posibilidades de reclamo, conforma un típico caso de discriminación por causa de nacionalidad que amerita además el repudio y rechazo jurídico por el convenio 111 de la OIT, y por las normas nacionales que así lo sostienen tal como la ley 23.592, de implicancia transversal en todo el ordenamiento jurídico nacional, cuya aplicación a tales supuestos ya no se discute a tenor del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”.⁽⁵⁾

Como bien señala nuestro Máximo Tribunal: “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos”.⁽⁶⁾ En tercer lugar, reviste una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.⁽⁷⁾ Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos “naturalmente

(5) CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”, sent. del 07/12/2010.

(6) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes”, 17/09/2003. Voto del juez García Ramírez, párr. 20.

(7) CSJN, “Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A.”, sent. del 01/09/2009, Fallos, 332:2043 a 332:2054.

entrañables”,⁽⁸⁾ tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional.

Conforme puntualiza Gil Domínguez en un agudo análisis: “El derecho a la no discriminación configura una evolución normativa y simbólica del principio de igualdad. Normativa en la medida que se positiviza en constituciones e instrumentos internacionales adquiriendo el *status* de derecho fundamental y derecho humano con un contenido constitucional protegido determinado por la interdicción de ciertos criterios, clasificaciones o categorías. Simbólica, por cuanto permite la construcción de una subjetividad ante la ley a partir del resguardo de ciertas particularidades que originarias o adquiridas permiten a las personas ser ellas mismas ante los otros y ante la ley (justamente lo que persigue la discriminación es implantar en la subjetividad del apartado ‘una conciencia’ de aceptación del padecimiento que sufre como una consecuencia natural de su ser o de su elección), y evita la soledad o vacío existencial (individual o grupal) de la persona transformada en tabú que ante la discriminación encuentra el acompañamiento de la ley. Es que, justamente, la discriminación persigue el quiebre de la subjetividad de las personas, para que éstas ‘crean’ que lo que les sucede acaece por exclusivamente por su ‘culpa’, conforme a la cual deben sufrir una suerte de ‘castigo restaurador’.”⁽⁹⁾

La política migratoria nacional implementada a través de la ya referida ley 25.871 fija sus objetivos a través del art. 3 inc. h), cuando señala como tal a: “Promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país”.

A su vez, el art. 23 determina los supuestos de residentes temporarios, considerando tal al trabajador migrante: “quien ingrese al país para dedi-

(8) CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación.”, sent. del 03/05/2007, Fallos, 330:1989 a 330:2004.

(9) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Derecho a la no discriminación y control de constitucionalidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 06/05/2009.

carse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer en el país por un máximo de tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia”.

Por su parte, el capítulo I del Título V trata sobre el trabajo y alojamiento de los extranjeros, especificando en tres artículos el *status* de los mismos. Así tenemos, que en los arts. 51 a 53 se define la situación del residente permanente, del residente transitorio y del extranjero con residencia irregular, señalando en este último caso que: “Los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia”.

En materia laboral, la segunda parte del art. 55 y el art. 56 estipulan las consecuencias que se derivan de contrataciones irregulares realizadas con trabajadores extranjeros. En ese sentido, el segundo párrafo del primero de los artículos mentados establece: “ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente”.

Completando el esquema normativo el art. 56 dispone:

“La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria”.

Y ello se complementa con las sanciones que fija el art. 59 que tienden a desalentar lógicamente tal modalidad de contratación ilegal, llegando a ser fijadas en 50 salarios mínimos, vitales y móviles por cada trabajador irregular así contratado, lo que aumenta a 100 veces dicha unidad cuando se esté en presencia de menores de 14 años, fijando parámetros en atención a la situación de reincidencia y la capacidad económica del infractor.

3 | El empleo no registrado

Comentando la ley 25.877, el Ministro de Trabajo señalaba que:

“... la dimensión del déficit de trabajo decente que enfrenta actualmente Argentina es muy grande y ha sido abundantemente documentado en numerosos estudios empíricos. El déficit de trabajo decente comprende tanto un aspecto cuantitativo (desocupación y subocupación horaria) como un aspecto cualitativo (mala calidad de una parte importante de los empleos existentes)”.⁽¹⁰⁾

Si bien los parámetros estadísticos muestran un descenso relativamente importante del empleo clandestino, ya que en diciembre de 2002 el promedio nacional ascendía al 44,2% y en 8 de nuestras provincias superaba al 50%, en la actualidad fruto de la política de control instrumentada a través del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS) ha descendido a parámetros cercanos al 33%, lo cual si bien sigue siendo un dato de relevancia y preocupación, ya que implica que uno de cada tres trabajadores que se desempeñen en suelo argentino se encuentra en situación total o parcial de informalidad, en el caso de los extranjeros se da justamente que la precariedad avanza conforme señalara el propio Ministro tanto en el aspecto cuantitativo como el cualitativo.

4 | El abuso del indocumentado. Cuestiones procesales

Al referirnos a la ley migratoria hemos mencionado que en aquellos casos que la contratación refiriera a trabajadores con irregularidad documental, la situación de vulnerabilidad de los mismos era mucho más notoria, lo que se generaba en supuestos que lindaban prácticamente con trabajo esclavo o que conformaban una tipificación penal.

Como se ha expresado:

“la movilización de las personas para mejorar su situación socio económica hacia otros países conlleva un aislamiento de sus

(10) TOMADA, CARLOS, “La Ley de Ordenamiento Laboral: Objetivos y Criterios Rectores”, en *Suplemento Especial sobre la Reforma Laboral*, Bs. As., La Ley, p. 3.

redes sociales de contención afectiva, económica y cultural. Las personas que arriban a los lugares de explotación desconocen generalmente donde se encuentran y los códigos locales, lo que puede llevar a la reducción de su movilidad o al desconocimiento de las instituciones a las cuales acudir en caso de requerir ayuda. El temor a la deportación por su condición migrante irregular también facilita el aprovechamiento de su situación por parte de los tratantes”.⁽¹¹⁾

La magnitud del problema puede reflejarse en datos oficiales, que marcan que de acuerdo con los últimos informes proporcionados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, entre la publicación en el BO de la ley 26.364 (“Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia de las víctimas”) el 30 de abril de 2008 y el 31 de agosto de 2011, se rescataron 2412 víctimas de las redes de explotación de personas. Del total, 1235 fueron las personas rescatadas durante el año 2011. El informe oficial da cuenta que de las 2412 víctimas, 360 eran menores de edad; las personas extranjeras superaban a las argentinas, ya que 1363 pertenecían a otros países. De acuerdo con los fines de explotación, 1117 fueron víctimas de la explotación sexual y 1280 de explotación laboral. Específicamente, durante el período del año 2011 contemplado por el informe, de las 1235 víctimas, 137 eran menores, 652 argentinos y 583 extranjeros, 374 personas las explotadas sexualmente y 846 fueron las víctimas rescatadas de situaciones de explotación laboral.⁽¹²⁾

La respuesta normativa, en el aspecto laboral, si se constatan tales hipótesis engloba a aquellos casos en la tipificación de contratos de trabajo de objeto prohibido, y ello determina en definitiva que el mismo siempre esté dirigido en contra del empleador, y que en tales hipótesis quien hubiera prestado su débito laboral tiene derecho al pago de salarios, y de la indemnización por antigüedad al producirse la extinción del contrato de trabajo por imposibilidad de su continuación por el hecho de la situación irregular. Esto ya había sido dispuesto en las anteriores leyes migratorias

(11) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Retratada. Un recorrido en imágenes sobre la trata de personas en la República Argentina*, febrero 2012.

(12) MACAGNO, MAURICIO ERNESTO, “Explotación laboral de extranjeros ilegales ante el derecho penal”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2011- F, p. 700.

pero con fundamento en el enriquecimiento sin causa del beneficiario del trabajo del inmigrante ilegal.⁽¹³⁾

En esa línea, debe considerarse lo dispuesto por el art. 22, apartado 9 de la Convención de las Naciones Unidas ya referenciada cuando especifica: "La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden".

Por su parte, el art. 33 de la ley 25.877 especifica:

"Comprobada la infracción a las normas laborales que impliquen, de alguna forma, una evasión tributaria o a la seguridad social, el hecho deberá ser denunciado formalmente a la Administración Federal de Ingresos Públicos y/o a los otros organismos de control fiscal. Ello sin perjuicio, en el caso que corresponda, de la notificación fehaciente a las autoridades de control migratorio a los fines de la aplicación de la ley 25.871".

Es en este punto, donde se plantean algunas complejidades de orden procesal a los fines de que el trabajador migrante ilegal pueda hacer valer los derechos que le consagran los arts. 56 de la ley migratoria y 40 de la LCT, ya que para que ello se torne operativo, es menester (al menos en la Provincia de Córdoba) la realización de acciones judiciales tendientes a procurar la declaración de los derechos vulnerados y lograr así el reconocimiento judicial que habilitará su persecución y eventual ejecución judicial.

Sin embargo, allí es donde chocamos con la valla legal, ya que el art. 49 de la ley procesal cordobesa 7987, determina que la demanda que pueda instaurar el trabajador ilegal extranjero requiere de su presencia y participación personal en la audiencia de conciliación, lo que no se compadece con la decisión que generalmente adopta la Dirección Nacional de Migraciones de proceder a la expulsión del país y deportación del trabajador migrante ilegal. Si dicho trabajador no comparece a tal audiencia, se lo tiene por desistido de la demanda, no existiendo otras hipótesis de

(13) Cám. Nac. Trab., Plenario n° 193, "Nauroth y Echegaray, Ricardo c/ Onofrio, Nicolás", sent. del 17/09/1973, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., n° 152, p. 106 y en *Revista Derecho del Trabajo*, 1973, p. 703.

comparecencia, salvo que el mismo tuviera parientes dentro del rango de habilitación prescripto en la ley procesal que residieran legalmente en el país, y que tal imposibilidad de concurrencia por haber sido expulsado del país fuera aceptado por el tribunal interviniente como un impedimento debidamente acreditado. Está claro que en tal variante no se ha admitido la representación por poder con lo cual queda un vacío normativo que es aprovechado por el empleador abusivo.

5 | La discriminación por causa de nacionalidad o ascendencia

En general está asociada con determinados prejuicios derivados de acontecimientos históricos, políticos o gremiales, como aquellos relacionados con los movimientos anarquistas de principio del siglo XX, que al descreer del concepto de patria, obviamente no aceptan las normativas legales que se contrapongan con sus conceptos internacionalistas.

Ello ha originado la existencia de leyes o reglamentos que vedan el acceso de tales nacionales o ascendientes a cargos públicos, en función de normas de rango inferior que se contraponen con los tratados internacionales y que han sido cuestionados de manera contundente por la jurisprudencia tendiente a su descalificación constitucional, máxime cuando el cargo al que se aspira carece de connotaciones que puedan denotar que esté involucrada una situación de riesgo real o potencial vinculada con la seguridad del Estado.

En ese sentido se ha señalado:

“Una regulación referida a ciertos cargos críticos o sensibles del Estado puede ser compatible con la igualdad y la idoneidad. Mas ello no acontece en situaciones como las ahora enjuiciadas, en tanto la interdicción legal impugnada no da cabal respuesta a la pregunta sobre cuáles fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado justifican que a una docente en educación física, nacida en el Uruguay, pero íntegramente formada en el país, que procura demostrar su idoneidad específica, se le impida la posibilidad de acceder al sistema de

enseñanza pública o indirectamente se le imponga, como alternativa, la tramitación y obtención de la ciudadanía argentina".⁽¹⁴⁾

Teniendo presente que nuestros países integran el contexto del MERCOSUR, la discriminación por causa de nacionalidad resulta un contrasentido si se pretende efectivamente la integración, ya que uno de los pilares centrales en esa línea, es la libre circulación de los trabajadores de un país a otro de los integrantes del bloque con igualdad de posibilidades laborales.

Debe destacarse que, en lo que refiere a la discriminación que estamos tratando existen precedentes con basamento directo en la Constitución Nacional de 1853, es decir, previo a la incorporación del *ius cogens* en el contexto normativo supremo, en función del postulado que emerge del art. 20 de dicha Carta Magna.

En esa línea se ha expresado que:

"... si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan,⁽¹⁵⁾ esa reglamentación en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria, porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido, el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que, debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás".⁽¹⁶⁾

Por lo demás, en materia probatoria se ha señalado: "cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional correspon-

.....

(14) SCJPBA, "Gerez, María Cecilia c/ Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes s/ Amparo", sent. del 19/12/2007.

(15) CSJN, "Martinoli, José Manuel suc. c/ Municipalidad de Córdoba", sent. del 1983, Fallos, 305: 831 y sus citas.

(16) CSJN, "Repetto, Inés María c/ Provincia de Buenos Aires – Inconstitucionalidad de normas legales", sent. del 08/11/1988.

de considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”. Más adelante la Corte agrega:

“Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto”.⁽¹⁷⁾

6 | Algunos casos paradigmáticos vinculados con empleo de extranjeros

6.1 | El caso “Repetto”

El mismo refiere a una docente de nacionalidad norteamericana, quien había ingresado al país a los tres años de edad, y que cursó aquí la totalidad de los estudios hasta obtener el título habilitante como Profesora de Educación Preescolar con validez nacional y provincial, la que cuestiona por vía de inconstitucionalidad el art. 5, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Primarias que establece el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con dos años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente de un establecimiento de enseñanza privada. La Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires sostiene que al interpretar el requisito de idoneidad, cabe que exija la condición de ser argentino, a efectos de salvaguardar el desarrollo de un sentimiento nacional.

La mayoría de nuestro Máximo Tribunal admite el recurso interpuesto, señalando de manera contundente en el considerando 4º que: “el art. 20 de la Constitución Nacional establece que ‘los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, pueden ejercer su

(17) CSJN, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”, sent. del 08/08/2006.

industria, comercio y profesión (...)’”. Al decir de Joaquín V. González, “esta declaración, que se aparta en mucho del modelo norteamericano, se propone establecer la igualdad civil entre ciudadanos y extranjeros y confirmar expresamente algunos derechos que por razones de conveniencia, de religión o de costumbres, algunas naciones no conceden al extranjero y ratificar al mismo tiempo las estipulaciones del Tratado con Inglaterra de 1825”.⁽¹⁸⁾

Y añade el mismo autor que “con respecto al derecho profesional, lo llamaremos así, la Constitución Argentina, es como en todas las otras materias, una de las más liberales que se conoce, pues, todos los derechos que consagra en tal sentido son iguales para el nacional y el extranjero”... “No hay pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles, y especialmente al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional”⁽¹⁹⁾.

6.2 | El caso “Paucar Flores”⁽²⁰⁾

El supuesto en análisis, refiere a un despido indirecto de un trabajador de nacionalidad peruana por injurias laborales realizadas por su empleador, donde el demandante requirió el pago de un adicional por daño moral, por insultos racistas proferidos hacia el accionante y su esposa. En primera instancia no se hizo lugar, sosteniendo que los términos empleados carecían de connotación discriminatoria y que simplemente habían sido dichos en un contexto de ofuscación, que no autorizaba una condena adicional. La Cámara revocó dicha parte del decisorio:

“ (...) Todo lo que puntualizo, sumado a la comprobada circunstancia acreditada por testigos presenciales del hecho (Massone, fs. 431/433 y Mancuello, fs. 434/435), que dieron noticia cierta

.....

(18) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 1897, n° 219.

(19) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Obras completas*, Bs. As., 1935, t. VII, p. 467.

(20) Cám. Nac. Trab., Sala VII, “Paucar Flores, Jorge Luis c/ Compañía de Comunicaciones Capital S.A. y otros s/ Despido”, sent. del 27/03/2006.

que la actitud asumida por el empleador en inferir improperios de grueso tenor al trabajador como a su esposa ('...peruano hij.. de put..' (sic), '...atorranta de tu mujer..' (sic) v. Massone; v. Mancuello que dio noticia de que el demandado Nakkache expresó que " (...) iba a ir a buscarlo a la casa del actor a buscarlo (...) de cualquier forma iba a traerlo a ese peruano de mierda a trabajar (...) '(sic); me forma convicción que dicho comportamiento iba más allá de un simple estado de ofuscación o exaltación del empleador por la ausencia del actor a sus tareas, sino más bien **configura una asumida e instalada actitud costumbrista de desprecio respecto de los orígenes del trabajador**, por lo que estimo procedente hacer lugar a la reclamación por daño moral, modificando por consecuencia el fallo en este punto y fijar la cuantía de la indemnización por este concepto en la suma de \$2500 más sus intereses conf. acta 2357/02 Cám. Nac. Trab."

6.3 | El Caso "Dávila Guevara"⁽²¹⁾

Se trata de un despido directo dispuesto por la patronal, luego de haber intimado a la actora de nacionalidad peruana para que acreditara la normalización de su situación migratoria dentro del plazo de 30 días corridos, sin que ello hubiera acontecido.

El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia condenatoria hacia la empresa con fundamentos en las normas de orden interno (arts. 40 y 42 LCT, contrato de objeto prohibido), y extractos de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así señaló:

"133: Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada adquiere inmediatamente la condición de

(21) Cám. Nac. Trab., Sala V, "Dávila Guevara, Eglá Leonor c/ Rovepe S.R.L. s/ despido", sent. del 23/04/2008.

trabajador y consecuentemente los derechos inherentes a dicha condición (...) Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos debe realizarse sin discriminación alguna”.

Más adelante agrega:

“136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo, en condiciones desfavorables en comparación con otros trabajadores.

(...) 148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros y de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador – trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.

Y concluye el precedente:

“160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación respecto de los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que les corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo y este último debe tomar las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos”.

6.4 | Las causas

“Guaraschi Mamami Tito y otros”⁽²²⁾

y “Sánchez Alterino, Néstor Alejandro y otros”⁽²³⁾

En ambos casos se trataba de empresas dedicadas a la confección y venta de indumentaria que habían tercerizado la manufacturación de las prendas en talleres donde trabajaban inmigrantes bolivianos, habiéndose formulado denuncia por violación del art. 117 de la ley 25.871.

En los dos precedentes judiciales se dictó el sobreseimiento entendiendo que: “... nada indica que estos talleres hayan funcionado mediante algún mecanismo ilegal de captación de inmigrantes, ya que ninguna de las pruebas sugiere que hayan sido obligados a trabajar o permanecer en el lugar como se sospechó al inicio de la investigación”.⁽²⁴⁾

En el restante pronunciamiento se señala (en criterio que no compartimos):

“... que no hubo aprovechamiento de la situación migratoria irregular de las personas que trabajan en los talleres, explicando a tal efecto cuáles son las costumbres y pautas culturales de los pueblos originarios del altiplano boliviano, de donde proviene la mayoría de los ocupantes de los inmuebles allanados (...) En síntesis se señaló que se trataba de un grupo humano, que convive como un ayllu o comunidad familiar extensa originaria de aquella región andina, que funciona como una especie de cooperativa de ayuda mutua donde se comparten los gastos y se reparten las ganancias”.⁽²⁵⁾

(22) Cám. Nac. Crim. y Correc. Federal, Sala II, “Guaraschi Mamami, Tito y otros”, sent. del 20/11/2007.

(23) Juz. Nac. Crim. y Correc. Federal n° 5, Sec. 10, “Sánchez Alterino, Néstor Alejandro y otros”, sent. del 08/04/2008.

(24) Cám. Nac. Crim. y Correc. Federal, Sala II, “Guaraschi Mamami, Tito y otros”, sent. del 20/11/2007.

(25) Juz. Nac. Crim. y Correc. Federal n° 5, Sec. 10, “Sánchez Alterino, Néstor Alejandro y otros”, sent. del 08/04/2008.

6.5 | El caso “L. H., E. J. y otro”

De la síntesis fáctica realizada por los jueces de la Cámara Federal, surge que las víctimas, originarias de la República del Perú, recibieron en su país de origen ofertas de trabajo en Argentina consistentes en tareas como empleados de una verdulería con un sueldo promedio de mil pesos, más el alojamiento y la comida necesaria para la subsistencia. Una vez arribadas a nuestro país, se alojaron junto a otras personas en similares condiciones, en la vivienda de los imputados donde trabajaban en el comercio de éstos un promedio de diecisiete horas diarias sin descanso ni alimentación suficiente, y por una remuneración distinta a la acordada y no proporcional a las horas realmente laboradas.⁽²⁶⁾

Conforme señala Nadal de Carmona, se puede afirmar sin eufemismos que estas personas se hallaban sometidas a una servidumbre aberrante conocida usualmente como “mano de obra esclava” o “trabajo esclavo”, promovido por sujetos que lucran y se benefician de las necesidades ajenas, necesidades éstas potenciadas por las lejanías de sus lugares de origen como plus de vulnerabilidad.⁽²⁷⁾

6.6 | El caso “Pérez Oblitas”

El conflicto se planteó respecto de un trabajador peruano, al que la demandada le impidió la continuación de su débito laboral aduciendo que no acompañaba la documentación legal para habilitar su registración.

En ese sentido se dijo:

“Al respecto advierto tres particularidades: a) que la demandada no acompañó el legajo del accionante, para ver qué documentación había adjuntado al ingresar a prestar tareas (fotocopia de pasaporte, permiso de migraciones, etc.), ni tampoco

(26) Cám. Nac. Crim. y Correc. Federal, “L. H., E. J. y otro”, sent. del 23/08/2011.

(27) NADAL DE CARMONA, TERESITA, “Objeto del contrato de trabajo. Objeto prohibido. Objeto ilícito. Trabajo extranjero” (Inédito), Exposición en el Instituto Padre Hurtado de la Universidad Católica de Córdoba, realizada el 12/11/2012.

las declaraciones juradas que se le exigen a los fines de asignaciones familiares e inscripción a obras sociales; b) que no existe intimación formal al accionante para que acompañara documentación faltante y c) que obra reservado en Secretaría copia del carnet sanitario del accionante N° 387630 cuya autenticidad está reconocida por el organismo emisor según informativa ya referenciada otorgado el día 2 de abril de 1996 y también fotocopia de la constancia de emisión del CUIL del accionante n° 23601988259 con fecha de emisión 19 de marzo de 1996, por lo que no encuentro razones por las cuales si el accionante tenía toda la documentación en regla, antes del ingreso a Gourmet, requerida su presentación no lo hubiera hecho, lo que torna irrazonable la postura asumida por la demandada. Ahora bien, aún, por vía de hipótesis de admitir tal posición, tampoco resulta justificado que la demandada haya mantenido la relación laboral con el accionante, no registrada durante casi tres meses. Si efectivamente el accionante no entregaba la documentación, vencido el mes de Julio de 1996, donde había trabajado 18 días, la demandada debió haber abonado los mismos e impedir la continuación del trabajo informal. No habiéndolo hecho responde por las consecuencias de su inacción, por el hecho de ser el dador de trabajo. En consecuencia rige la relación por tiempo indeterminado, sin período de prueba, al no haberse cumplimentado los requisitos formales, y el despido dispuesto por el empleador deviene en arbitrario e injustificado al no haberse acreditado la causa (emplazamiento para que acompañara el n° de CUIL para poder regularizarlo), a tenor de los arts. 242 y 245 LCT".⁽²⁸⁾

7 | Conclusiones

La necesidad de protección al trabajador extranjero tiene fundamentos de orden internacional, como son las convenciones y convenios de la OIT citados, pero además históricamente tuvo rango constitucional conforme lo prescripto por el art. 20 de la Carta Magna.

.....

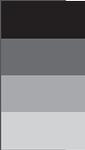
(28) Cám. Trab. Córdoba, Sala X, "Pérez Oblitas, Ricardo c/ Gourmet S.R.L. - demanda", Sent. del 03/12/1997. Voto Unipersonal del Dr. Carlos A. Toselli.

Permitir que funcionen dentro del mercado laboral situaciones de explotación de trabajadores extranjeros por el mero hecho de que los mismos carecen de documentación respaldatoria de su ingreso legal y de su habilitación para prestar tareas remuneradas, no sólo resulta contrario a dichos instrumentos internacionales y constitucionales, sino que además tal permisividad afecta y afrenta a la dignidad humana de la víctima y desvaloriza a la sociedad que habilita tal tratamiento peyorativo.

La sanción de leyes como la 25.871 y la 26.364 conforman un fuerte impulso en el combate contra dicho flagelo, que en su máxima expresión llega a la reducción a la servidumbre del extranjero indocumentado.

Todo modo de discriminación y trato contra el extranjero viola normas que conforman el *ius cogens* y colocan al dañador en el supuesto que nuestro Máximo Tribunal señalara que hay que erradicar, al pretender generar dentro del derecho laboral un coto de impunidad que avanza sobre la dignidad humana.

Si bien se han realizado importantes avances en la prevención y detección del empleo informal y del empleo prohibido de trabajadores migrantes extranjeros, toda labor que se haga al respecto será insuficiente mientras existan bolsones de trabajo esclavo que constituyen una mancha negra en la búsqueda del empleo decente, en los términos que el Ministro de Trabajo proclamara al justificar la sanción de la ley 25.877.



Novedades

Novedades Jurisprudenciales

“Godoy, Diego Maximiliano c/ MAPFRE Argentina A.R.T. S.A. s/ accidente”

Cámara Séptima del Trabajo, de
Mendoza Sala Unipersonal - 12/II/2012

Marco fáctico

Un trabajador que cumplía tareas de lavacopas en un restaurant que funcionaba dentro de una discoteca, y no se encontraba debidamente registrado, sufrió un accidente al caer de una escalera intentando cambiar unas luminarias del establecimiento, lo que le provocó la ruptura de ambos tobillos. Promueve demanda por accidente de trabajo en contra de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, solicitando las prestaciones dinerarias de la ley 24.557, y plantea la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8, inc. 3), 21, 22, 39, 46 y 49, disposición adicional tercera de la ley 24.557. La Cámara Séptima del Trabajo de Mendoza hace lugar a la demanda, declara abstracto los planteos de inconstitucionalidad, y resuelve aplicar a las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral permanente la nueva ley 26.773 que modifica a la ley 24.557.

Sumario

A fin de determinar la incapacidad del trabajador que sufrió un accidente laboral, debe aplicarse el baremo del decreto 659/1996 por mandato de lo prescripto en el art. 9 de la ley 26.773, pues si bien el accidente ocurrió

con anterioridad a la sanción de la ley citada, por tratarse de una norma de carácter procesal, es de aplicación inmediata, inclusive a los juicios que se encuentran en trámite.

El tope indemnizatorio establecido en el art. 14, inc. 2 ap. a) *in fine* de la ley 24.557, resulta inconstitucional, pues su aplicación torna a la indemnización que el trabajador percibiría en una reparación “irrazonable”, “injusta” e “inequitativa” en comparación con la prestación dineraria a la que accedería de no aplicarse el referido tope, máxime considerando que con la reciente sanción de la ley 26.773, que mejora las prestaciones dinerarias de la LRT, queda reconocida la insuficiencia reparatoria del sistema en cuestión.

El art. 17, inc. 6), primer párrafo, de la ley 26.773 resulta aplicable a las contingencias laborales acaecidas con anterioridad a la “primera manifestación invalidante” luego de su publicación en el BO, pues dicha norma consagra expresamente una excepción al principio general del inc. 5) del citado artículo, el cual dispone la aplicación de la ley a los infortunios cuya “primera manifestación invalidante” sea posterior a la publicación.

Las disposiciones del art. 17, inc. 6) de la ley 26.773 se aplican a las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente sucedidas durante la vigencia de la ley 24.557, el decreto 1278/2000 y el decreto 1694/2009, dado que en el mensaje de elevación del P.E del proyecto de ley se plasmó como objetivo ajustar todas “las normas de reparación”, con lo cual resulta indudable que se estaba haciendo alusión no sólo a las prestaciones alcanzadas por la nueva legislación.

Las contingencias laborales cuya “primera manifestación invalidante” sea posterior a la publicación en el BO de la ley 26.773, se encuentran regidas por el art. 8 de la ley citada, y no por el art. 17, inc. 6) de la referida norma.

Del texto del art. 17, inc. 6) de la ley 26.773, cabe interpretar que el legislador pretendió ajustar las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente sucedidas durante la vigencia de la ley 24.557, el decreto 1278/2000 y el decreto 1694/2009 a la fecha de publicación en el BO de la ley citada en primer lugar, ya que el último “ajuste” a estas prestaciones ocurrió con el Decreto 1694/2009 y sólo alcanzó a las contingencias cuya “primera

manifestación invalidante" fuese posterior a la publicación, dejando sin ajuste aquéllas anteriores a dicho lapso.

El curso de los intereses de la indemnización por incapacidad laboral deben computarse a partir de la fecha en que el trabajador tomó conocimiento de la incapacidad laboral que padecía, la relación de causalidad con el trabajo, el grado de incapacidad laborativa que le producía y la definitividad por haber cesado el proceso incapacitante, pues es en ese momento cuando nace la acción.

Novedades Legislativas

Proyecto de Ley sobre Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares

I | Sumario

El presente proyecto de ley que regula el Régimen para el Personal de Casas Particulares fue aprobado por unanimidad, y con algunas modificaciones por la Cámara de Senadores de la Nación en fecha 28/11/2012, siendo remitido a la Cámara de Diputados de la Nación para su segunda revisión, atento a que en fecha 17/3/2011 había obtenido media sanción de la Cámara baja.

Dicho régimen reemplazaría el vigente establecido por el decreto-ley 326/1956 (Estatuto de Servicio Doméstico) y su decreto reglamentario 7979/1956.

El ámbito de aplicación será todo el territorio de la Nación, y se aplicarán las modalidades de contratación reguladas en el Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744).

Se considera trabajo en casas particulares a toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Entendiéndose como tales también a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad.

Entre los principales puntos de la iniciativa destacamos:

- La jornada de trabajo será de 8 horas diarias o 48 horas semanales. Si dicha jornada se supera se deberán abonar horas extras, con un recargo del 50% los días de semana, y los días sábado después de las 13 horas será del 100%.
- El descanso semanal será de 35 horas corridas a partir del día sábado a las 13 horas.
- El personal sin retiro gozará de un reposo diario nocturno de 9 horas consecutivas, y un descanso diario de 3 horas, donde queda comprendido el almuerzo.
- En materia de prevención de riesgos del trabajo, los trabajadores quedarán incorporados al régimen de las leyes 24.557 y 26.773. El empleador estará obligado a contratar un seguro por riesgo de trabajo.
- Se prohíbe la contratación de menores de 16 años. La jornada de trabajo de los adolescentes entre 16 y 18 años, no podrá superar, las 6 horas diarias y las 36 horas semanales.
- La licencia anual ordinaria será de 14 días cuando la antigüedad fuese mayor de 6 meses y no exceda los 5 años; de 21 días cuando fuese mayor de 5 años y no exceda de 10 años; de 28 días cuando fuese mayor de 10 años y no exceda de 20 años; y de 35 días cuando exceda los 20 años en el servicio.
- La licencia por enfermedad y/o accidente inculpable será paga hasta 3 meses al año, cuando la antigüedad sea menor de 5 años, y de 6 meses si fuera mayor.
- La licencia por maternidad será de 3 meses, comprendidos en días anteriores al parto, y días posteriores al mismo.
- El preaviso será de 10 días para el trabajador, y de 10 días para el empleador cuando la antigüedad fuere inferior a un año, y de 30 días cuando fuere superior.
- La indemnización especial en caso de despido por maternidad y matrimonio será de 1 año de remuneraciones que se acumulará a la indemnización por despido sin causa.
- La indemnización por despido sin causa se establece en el pago de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de 3 meses trabajados. En el caso que la relación laboral no estuviera registrada la presente indemnización se duplicará.
- Sustitución del “Consejo de Trabajo Doméstico” creado por el decreto 7979/1956, por el “Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares”

que será dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

- Creación de la instancia conciliatoria previa con carácter obligatorio y previo a la interposición de la demanda.
- Creación de la "Comisión Nacional de Trabajo de Casas Particulares" que será el órgano normativo propio del presente régimen legal.

PROYECTO DE LEY

Régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1°- Ámbito de Aplicación. La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación las relaciones laborales que se entablen con los empleados y empleadas por el trabajo que presten en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar y que no importe para el empleador lucro o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados para tales labores.

Resultan de aplicación al presente régimen las modalidades de contratación reguladas en el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias, en las condiciones allí previstas.

Se establecen las siguientes modalidades de prestación:

- a. Trabajadoras/es que presten tareas sin retiro para un mismo empleador y residan en el domicilio donde cumplen las mismas.
- b. Trabajadoras/es que presten tareas con retiro para el mismo y único empleador.
- c. Trabajadoras/es que presten tareas con retiro para distintos empleadores.

ART. 2°- Aplicabilidad. Se considerará trabajo en casas particulares a toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Se entenderá como tales también a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad.

ART. 3°- Exclusiones – Prohibiciones. No se considerará personal de casas particulares y en consecuencia quedarán excluidas del régimen especial:

- a. Las personas contratadas por personas jurídicas para la realización de las tareas a que se refiere la presente ley.
- b. Las personas emparentadas con el dueño de casa, tales como: padres, hijos, hermanos, nietos y/o las que las leyes o usos y costumbres consideren relacionadas en algún grado de parentesco o vínculo de convivencia no laboral con el empleador.
- c. Las personas que realicen tareas de cuidado y asistencia de personas enfermas o con discapacidad, cuando se trate de una prestación de carácter exclusivamente terapéutico o para la cual se exija contar con habilitaciones profesionales específicas.
- d. Las personas contratadas únicamente para conducir vehículos particulares de la familia y/o de la casa.
- e. Las personas que convivan en el alojamiento con el personal de casas particulares y que no presten servicios de igual naturaleza para el mismo empleador.
- f. Las personas que además de realizar tareas de índole domésticas deban prestar otros servicios ajenos a la casa particular u hogar familiar, con cualquier periodicidad, en actividades o empresas de su empleador; supuesto en el cual se presume la existencia de una única relación laboral ajena al régimen regulado por esta ley.
- g. Las personas empleadas por consorcios de propietarios conforme la ley 13.512, por clubes de campo, barrios privados u otros sistemas de condominio, para la realización de las tareas descriptas en el artículo 2° de la presente ley, en las respectivas unidades funcionales.

ART. 4°- Principios de interpretación y aplicación de la ley. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que regulan el presente régimen, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

ART. 5°- Grupo familiar. Retribución. En caso de contratarse más de una persona de la misma familia para prestar servicios a las órdenes de un mismo empleador, la retribución deberá convenirse individualmente con cada uno de ellos.

ART. 6°- Contrato de trabajo. Libertad de Formas. Presunción. En la celebración del contrato de trabajo para el personal de casas particulares regirá la libertad de formas cualesquiera sea su modalidad. El contrato se presumirá concertado por tiempo indeterminado.

ART. 7°- Período de Prueba. El contrato regulado por esta ley se entenderá celebrado a prueba durante los primeros treinta (30) días de su vigencia respecto del

personal sin retiro; y durante los primeros quince (15) días de trabajo en tanto no supere los tres (3) meses para el personal con retiro. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa y sin generarse derecho a indemnización con motivo de la extinción. El empleador no podrá contratar a una misma empleada/o más de una (1) vez utilizando el período de prueba.

ART. 8°- Categorías Profesionales. Las categorías profesionales y puestos de trabajo para el personal comprendido en el presente régimen serán fijadas inicialmente por la autoridad de aplicación hasta tanto sean establecidas por la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares o mediante convenio colectivo de trabajo.

TÍTULO II

DE LA PROHIBICIÓN DEL TRABAJO INFANTIL Y DE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE

ART. 9°- Personas menores de dieciséis (16) años. Prohibición de su Empleo. Queda prohibida la contratación de personas menores de dieciséis (16) años.

ART. 10.- Trabajo de adolescentes. Certificado de aptitud física. Cuando se contratase a menores de dieciocho (18) años deberá exigirse de los mismos o de sus representantes legales un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, como así también la acreditación de los reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas.

ART. 11.- Jornada de trabajo. La jornada de trabajo de los adolescentes entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, no podrá superar, bajo ninguna circunstancia, las seis (6) horas diarias de labor y treinta y seis (36) horas semanales.

ART. 12.- Terminalidad educativa. Queda prohibida la contratación de las personas menores de edad comprendidas en la edad escolar que no hayan completado su instrucción obligatoria, a excepción que el empleador se haga cargo de que la empleada/o finalice los mismos.

ART. 13.- Prohibición de empleo de trabajadores de dieciséis (16) y diecisiete (17) años. Modalidad sin retiro. En ningún caso se podrá contratar a adolescentes que tengan dieciséis (16) o diecisiete (17) años bajo la modalidad prevista por el artículo 1° inciso a) de la presente ley.

TÍTULO III

DEBERES Y DERECHOS DE LAS PARTES

ART. 14.- Derechos y deberes comunes para el personal con y sin retiro. Los derechos y deberes comunes para las modalidades, con y sin retiro, serán:

14.1.- Derechos del Personal. El personal comprendido por el presente régimen tendrá los siguientes derechos:

- a. Jornada de trabajo que no podrá exceder de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Podrá establecerse una distribución semanal desigual de las horas de trabajo, en tanto no importe una jornada ordinaria superior a las nueve (9) horas.
- b. Descanso semanal de treinta y cinco (35) horas corridas a partir del sábado a las trece (13) horas.
- c. Ropa y elementos de trabajo que deberán ser provistos por el empleador.
- d. Alimentación sana, suficiente y que asegure la perfecta nutrición del personal. Dicha alimentación comprenderá: desayuno, almuerzo, merienda y cena, las que en cada caso deberán brindarse en función de la modalidad de prestación contratada y la duración de la jornada.
- e. Obligación por parte del empleador de contratar a favor del personal un seguro por los riesgos del trabajo, según lo disponga la normativa específica en la materia y conforme lo establecido en el artículo 74 de la presente ley.
- f. En el caso del personal con retiro que se desempeñe para un mismo empleador, entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce (12) horas.

14.2.- Deberes del Personal. El personal comprendido en el presente régimen tendrá los siguientes deberes:

- a. Cumplir las instrucciones de servicio que se le impartan.
- b. Cuidar las cosas confiadas a su vigilancia y diligencia.
- c. Observar prescindencia y reserva en los asuntos de la casa de los que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones.
- d. Preservar la inviolabilidad del secreto personal y familiar en materia política, moral, religiosa y en las demás cuestiones que hagan a la vida privada e intimidad de quienes habiten la casa en la que prestan servicios.
- e. Desempeñar sus funciones con diligencia y colaboración.

ART. 15.- Personal sin retiro. El personal que se desempeñe bajo la modalidad sin retiro gozará además de los siguientes derechos:

- a. Reposo diario nocturno de nueve (9) horas consecutivas como mínimo, que sólo podrá ser interrumpido por causas graves y/o urgentes que no admitan demora para su atención.

En los casos de interrupción del reposo diario, las horas de trabajo serán remuneradas con los recargos previstos por el artículo 25, y darán derecho a la trabajadora/or a gozar del pertinente descanso compensatorio.

- b. Descanso diario de tres (3) horas continuas entre las tareas matutinas y vespertinas, lapso dentro del cual quedará comprendido el tiempo necesario para el almuerzo.
- c. Habitación amueblada e higiénica y con destino exclusivo para el personal conforme las condiciones que determine la autoridad de aplicación o la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares.

Por resolución de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares o por convenio colectivo podrán establecerse sistemas distintos de distribución de las pausas y descansos en la jornada de trabajo, en tanto se respete el máximo de trabajo semanal y el mínimo de reposo diario nocturno.

TÍTULO IV

DOCUMENTACIÓN DE LA EMPLEADA/O.

ART. 16.- Libreta de Trabajo. Todas las empleadas/os comprendidas en el régimen de esta ley deberán contar con un documento registral con las características y requisitos que disponga la autoridad de aplicación, mediante la utilización de tarjetas de identificación personal u otros sistemas que faciliten la fiscalización y permitan un acceso pleno a los derechos consagrados en esta ley.

ART. 17.- Sistema de Registro Simplificado. Encomiéndase al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la elaboración y organización de un sistema de registro simplificado de las relaciones de trabajo de casas particulares.

TÍTULO V

REMUNERACIÓN.

ART. 18.- Salario Mínimo. El salario mínimo por tipo, modalidad y categoría profesional será fijado periódicamente por la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP), cuya cuantía deberá establecerse para todo el territorio nacional, sin perjuicio de los mejores derechos que se establezcan mediante Convenio Colectivo de Trabajo.

Hasta tanto se constituya la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) el salario mínimo será fijado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

ART. 19.- Lugar, plazo y oportunidad de pago de las remuneraciones. El pago de las remuneraciones deberá realizarse en días hábiles, en el lugar de trabajo y durante las horas de prestación de servicios:

- a. Al personal mensualizado, dentro del cuarto día hábil del vencimiento de cada mes calendario.

- b. Al personal remunerado a jornal o por hora, al finalizar cada jornada o cada semana según fuera convenido.

ART. 20.- Recibos. Formalidad. El recibo será confeccionado en doble ejemplar, debiendo el empleador hacerle entrega de uno de ellos con su firma a la empleada/o.

ART. 21.- Recibos. Contenido. El recibo de pago deberá contener como mínimo las siguientes enunciaciones:

- a. Nombres y apellido del empleador, su domicilio y su identificación tributaria.
- b. Nombres y apellido del personal dependiente y su calificación profesional.
- c. Todo tipo de remuneración que perciba, con indicación sustancial del modo para su determinación.
- d. Total bruto de la remuneración básica y de los demás componentes remuneratorios. En los trabajos remunerados a jornal o por hora, el número de jornadas u horas trabajadas y el lapso al que corresponden, con expresión también del monto global abonado.
- e. Detalle e importe de las retenciones que legal o convencionalmente correspondan.
- f. Importe neto percibido, expresado en números y letras.
- g. Constancia de la recepción de un ejemplar del recibo por el personal dependiente.
- h. Fecha de ingreso, tarea cumplida o categoría en que efectivamente se desempeñó durante el período de pago.
- i. Lugar y fecha del pago real y efectivo de la remuneración a la empleada/o.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) confeccionarán un modelo de recibo tipo de pago obligatorio.

El pago deberá efectuarse en dinero en efectivo. De no ser posible por alguna disposición legal contraria, el pago se deberá realizar mediante cheque a la orden de la empleada/o y/o por depósito bancario sin costo alguno para el personal.

Podrá realizarse el pago a un familiar de la empleada/o imposibilitada de concurrir o a otra persona acreditada por una autorización suscripta por la trabajadora/or, pudiendo el empleador exigir la certificación de la firma. La certificación en cuestión podrá ser efectuada por autoridad administrativa o judicial del trabajo o policial del lugar.

ART. 22.- Recibo. Prohibición de renunciaciones. El recibo no deberá contener renunciaciones de ninguna especie, ni podrá ser utilizado para instrumentar la extinción de

la relación laboral o la alteración de la calificación profesional en perjuicio de la empleada/o. Toda mención que contravenga esta disposición será nula.

ART. 23.- Recibo. Validez. Todo pago en concepto de salario u otra forma de remuneración deberá instrumentarse mediante recibo firmado por el dependiente. Dichos recibos deberán ajustarse en su forma y contenido a las disposiciones de esta ley. En los casos en que no supiere o no pudiese firmar, bastará la individualización mediante la impresión digital, pero la validez del acto dependerá de los restantes elementos de prueba que acrediten la efectiva realización del pago.

ART. 24.- Firma en blanco. Prohibición. La firma no puede ser otorgada en blanco por la empleada/o, pudiéndose desconocer y oponer al contenido del acto demostrando que las declaraciones insertas en el documento no son reales.

ART. 25.- Horas extras. El empleador deberá abonar al personal que prestare servicios en horas suplementarias un recargo del cincuenta por ciento (50%) calculado sobre el salario habitual si se tratare de días comunes y del ciento por ciento (100%) en días sábados después de las trece horas, en días domingo y feriados.

TÍTULO VI

SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO

ART. 26.- Concepto. El sueldo anual complementario consiste en el cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración mensual devengada, por todo concepto, dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año.

ART. 27.- Épocas de pago. El sueldo anual complementario será abonado en dos (2) cuotas; la primera de ellas la última jornada laboral del mes de junio y la segunda la última jornada laboral del mes de diciembre de cada año.

ART. 28.- Extinción del contrato. Pago proporcional. Cuando se opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, la empleada/o o sus derecho-habientes, tendrán derecho a percibir la parte proporcional del sueldo anual complementario devengada en el respectivo semestre.

TÍTULO VII

LICENCIAS

Capítulo I

De Las Vacaciones

ART. 29.- Licencia ordinaria. La trabajadora/or gozará de un periodo de licencia anual ordinaria de vacaciones pagas, conforme la retribución normal y habitual de:

- a. Catorce (14) días corridos cuando la antigüedad en el servicio fuera mayor de seis (6) meses y no exceda de cinco (5) años.
- b. Veintiún (21) días corridos cuando la antigüedad en el servicio fuera superior a cinco (5) años y no exceda de diez (10) años.
- c. Veintiocho (28) días corridos cuando la antigüedad en el servicio fuera superior a diez (10) años y no exceda de veinte (20) años.
- d. Treinta y cinco (35) días corridos cuando la antigüedad en el servicio fuera superior a veinte (20) años.

Para determinar la extensión de la licencia anual atendiendo a la antigüedad en el empleo, se computará como tal aquella que tuviese la trabajadora/or al 31 de diciembre del año al que correspondan las mismas.

ART. 30.- Requisitos para su goce. Comienzo de la licencia. Para tener derecho cada año al período de licencia establecido precedentemente, la trabajadora/or deberá haber prestado servicios durante seis (6) meses del año calendario o aniversario respectivo con la regularidad propia del tiempo diario y semanal de trabajo correspondiente a la modalidad de prestación contratada. En su defecto, gozará de un período de descanso anual, en proporción de un día de descanso por cada veinte (20) días de trabajo efectivo, que serán gozados en días corridos.

La licencia anual se otorgará a partir de un día lunes o del primer día semanal de trabajo habitual, o el subsiguiente hábil si aquéllos fueran feriados

ART. 31.- Época de otorgamiento. El empleador tendrá derecho a fijar las fechas de vacaciones debiendo dar aviso a la empleada/o con veinte (20) días de anticipación. Las vacaciones se otorgarán entre el 1° de noviembre y el 30 de marzo de cada año, pudiendo fraccionarse a pedido de la empleada/o para su goce en otras épocas del año, en tanto se garantice un período continuo de licencia no inferior a dos tercios (2/3) de la que le corresponda conforme su antigüedad.

ART. 32.- Retribución. Las retribuciones correspondientes al período de vacaciones deberán ser satisfechas antes del comienzo de las mismas.

Para el personal sin retiro y durante el período de vacaciones, las prestaciones de habitación y manutención a cargo del empleador deberán ser sustituidas por el pago de su equivalente en dinero, antes del comienzo de las mismas, cuyo monto será fijado por la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) y/o por convenio colectivo de trabajo, y en ningún caso podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) del salario diario percibido por la empleada/o por cada día de licencia, en los siguientes casos:

1. Cuando la empleada/o, decida hacer uso de la licencia anual ausentándose del domicilio de trabajo.
2. Cuando el empleador decida que durante la licencia anual ordinaria, la empleada/o no permanezca en el domicilio de trabajo.

ART. 33.- Omisión del otorgamiento. Si vencido el plazo para efectuar la comunicación a la empleada/o de la fecha de comienzo de sus vacaciones, el empleador no la hubiere practicado, el personal podrá hacer uso de ese derecho previa notificación fehaciente de ello y de modo tal que la licencia concluya antes del 31 de mayo.

Capítulo II

De los accidentes y enfermedades inculpables

ART. 34.- Plazo. Cada enfermedad o accidente inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho de la trabajadora/or a percibir su remuneración durante un período de hasta tres (3) meses al año, si la antigüedad en el servicio fuera menor de cinco (5) años y de seis (6) meses si fuera mayor.

ART. 35.- Enfermedad infectocontagiosa. En caso de enfermedad infectocontagiosa de la empleada/o, del empleador o de algún integrante del grupo conviviente de cualquiera de las partes, que conforme acreditación médica, amerite el apartamiento temporario de la empleada/o o de su grupo conviviente a fin de evitar riesgos a la salud de los mismos o del empleador o de los integrantes de su grupo familiar, se deberán adoptar las medidas necesarias para conjurar dichos riesgos, las que estarán a cargo del empleador. Lo aquí estipulado no será de aplicación cuando el cuidado del enfermo sea el objeto de la contratación de la empleada/o.

ART. 36.- Aviso al empleador. La empleada/o, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente inculpable y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitada de concurrir a prestar servicios por alguna de esas causas o en la primera oportunidad que le fuere posible hacerlo.

ART. 37.- Remuneración. La remuneración que en estos casos corresponda abonar a la empleada/o, se liquidará conforme a la que perciba en el momento de interrupción de los servicios, más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados o dispuestos a los de su misma categoría, por aplicación de una norma legal, convencional, decisión del empleador o resolución de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP).

En todos los casos quedará garantizado a la trabajadora/or el derecho a percibir su remuneración como si no hubiera mediado el impedimento, por los plazos previstos en el artículo 34 de esta ley.

Capítulo III

De las licencias especiales

ART. 38.- Clases. El personal comprendido en el presente régimen gozará de las siguientes licencias especiales pagas:

- a. Por nacimiento de hijo en el caso del trabajador varón, dos (2) días corridos.
- b. Por maternidad conforme lo dispuesto en el artículo 39 de esta ley.
- c. Por matrimonio, diez (10) días corridos.
- d. Por fallecimiento del cónyuge o conviviente, de hijos o de padres, tres (3) días corridos.
- e. Por fallecimiento de hermano, un (1) día.
- f. Para rendir examen en la enseñanza primaria, media, terciaria o universitaria, dos (2) días corridos por examen, con un máximo de diez (10) días por año calendario. Tendrán derecho al goce de la licencia completa prevista en este inciso, quienes, como mínimo, presten servicios en forma normal y regular por espacio de dieciséis (16) o más horas semanales. En los demás casos, la licencia será proporcional al tiempo de trabajo semanal de la empleada/o.

En las licencias referidas en los incisos a), d) y e) del presente artículo deberá necesariamente computarse un día hábil, cuando las mismas coincidieran con días domingo, feriados o no laborables.

TÍTULO VIII

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y DEL MATRIMONIO. ESTABILIDAD.

LICENCIA

ART. 39.- Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días corridos anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días corridos después del mismo. Sin embargo la empleada podrá optar para que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días corridos; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pretérmino se acumulará al descanso posterior todo lapso de licencia que no hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días corridos.

La empleada deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto o requerir su comprobación un médico del empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados y gozará de las asignaciones que le con-

fieran los sistemas de la seguridad social que le garantizarán la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las condiciones, exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la comunicación a que se refiere este artículo. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor a consecuencia de una enfermedad que, según certificación médica se encuentre vinculada al embarazo o parto y la incapacite transitoriamente para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer gozará de las licencias previstas en el artículo 34 de esta ley.

ART. 40.- Despido por causa de embarazo. Presunción. Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo, cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete (7) meses y medio (1/2) anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo siguiente. Igual presunción regirá e idéntico derecho asistirá a la empleada en los casos de interrupción del embarazo o de nacimiento sin vida.

ART. 41.- Indemnización especial. Maternidad. Matrimonio. Cuando el despido obedeciera a razones de maternidad o embarazo, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones que se acumulará a la establecida para el caso de despido sin justa causa.

Igual indemnización percibirá la empleada/o cuando fuera despedida por causa de matrimonio.

Se considerará que el despido responde a la causa de matrimonio cuando fuese dispuesto por el empleador sin invocación de causa o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio, siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no siendo válida a esos efectos la notificación efectuada con anterioridad o posterioridad a los plazos señalados.

TÍTULO IX

PREAVISO

ART. 42.- Deber de preavisar. Plazos. El contrato de trabajo regulado por esta ley no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes sin aviso previo, o en su defecto, el pago de una indemnización cuando el contrato se disuelva por voluntad del empleador, además de la que corresponda a la empleada/o por su antigüedad en el empleo. El preaviso deberá darse con la anticipación siguiente:

- a. Por la empleada/o de diez (10) días.
- b. Por el empleador, de diez (10) días cuando la antigüedad en el servicio fuere inferior a un (1) año y de treinta (30) días cuando fuere superior.

ART. 43.- Indemnización sustitutiva. Monto. Cuando el empleador omita el preaviso o lo otorgue de manera insuficiente deberá abonar una indemnización equivalente a la remuneración que hubiere debido abonar durante los plazos que se citan en el artículo anterior, en función de la antigüedad del personal despedido.

ART. 44.- Plazo. Integración del mes de despido. Los plazos a que se refiere el artículo 42 correrán a partir del primer día del mes siguiente al de la notificación del preaviso. En caso de que el empleador dispusiese el despido sin preaviso y en fecha que no fuere la del último día del mes, la indemnización sustitutiva del preaviso se integrará además con una suma equivalente a los salarios que hubiere debido abonar hasta la finalización del mes en que se produjo el despido.

ART. 45.- Licencia. Durante el plazo de preaviso el personal sin retiro gozará de diez (10) horas semanales remuneradas para buscar nueva ocupación, que se otorgarán del modo que mejor se compadezca con lo esencial de las tareas.

TÍTULO X

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

ART. 46.- Extinción. Supuestos. El contrato de trabajo se extinguirá:

- a. Por mutuo acuerdo de las partes, debiendo formalizarse el acto sólo y exclusivamente ante la autoridad judicial o administrativa competente. Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas que indique inequívocamente el abandono de la relación.
- b. Por renuncia del dependiente, la que deberá formalizarse mediante telegrama o carta documento cursado personalmente por el personal renunciante a su empleador o por manifestación personal hecha ante la autoridad administrativa o judicial del trabajo. Los despachos telegráficos y misivas de renuncia serán expedidos por las oficinas de correo en forma gratuita, requiriéndose la presencia personal del remitente y la justificación de su identidad.
- c. Por muerte de la empleada/o. En caso de muerte de la trabajadora/or, sus causahabientes en el orden y prelación establecidos por el ordenamiento previsional vigente tendrán derecho a percibir una indemnización equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida en el artículo 48. Esta indemnización es independiente de la que se le reconozca a los causahabien-

- tes en función de otros regímenes normativos en razón del fallecimiento de la empleada/o.
- d. Por jubilación de la empleada/o. En tal caso se aplicará lo dispuesto en los artículos 252 y 253 del Régimen de Contrato de Trabajo, aprobado por la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias.
 - e. Por muerte del empleador. El personal tendrá derecho a percibir el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización prevista en el artículo 48. Cuando la prestación de servicios continúe en beneficio de los familiares, convivientes o parientes del causante por un lapso mayor a treinta (30) días corridos desde el fallecimiento de éste, se entenderá que la relación laboral constituye continuación de la precedente, computándose a todos los efectos legales y convencionales la antigüedad adquirida en la relación preexistente y las restantes condiciones de trabajo.
 - f. Por muerte de la persona cuya asistencia personal o acompañamiento hubiera motivado la contratación, en cuyo caso, será de aplicación lo dispuesto en el inciso e) del presente artículo.
 - g. Por despido dispuesto por el empleador sin expresión de causa o sin justificación.
 - h. Por denuncia del contrato de trabajo con justa causa efectuada por la dependiente o por el empleador, en los casos de inobservancia de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria grave que no consienta la prosecución de la relación.
 - i. Por abandono de trabajo. El abandono del trabajo como acto de incumplimiento de la empleada/o sólo se configurará previa constitución en mora mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso y que nunca podrá entenderse inferior a dos (2) días hábiles.
 - j. Incapacitación permanente y definitiva. Cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a la incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones, y fuese sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios, la situación estará regida por lo dispuesto por el artículo 212 del Régimen de Contrato de Trabajo, aprobado por la ley 20.744 (TO 1976) y sus modificatorias.

ART. 47.- Obligación de desocupar el inmueble. Plazo. En caso de extinción del contrato de trabajo el personal sin retiro deberá, en un plazo máximo de cinco (5) días, desocupar y entregar en perfectas condiciones de higiene la habitación que le fuera otorgada, con los muebles y demás elementos que se le hubieran facilitado. La misma obligación tendrán las personas que convivieran con dicho personal y que no mantuvieran una relación laboral con el empleador.

TÍTULO XI

INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD

ART. 48.- Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar a la empleada/o una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base de la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

En ningún caso la indemnización podrá ser menor a un (1) mes de sueldo calculado sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior.

ART. 49.- Despido indirecto. En los casos en que la empleada/o denunciare el contrato de trabajo con justa causa tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 43, 44 y 48 de esta ley.

ART. 50.- Agravamiento por ausencia y/o deficiencia en la registración. La indemnización prevista por el artículo 48 de esta ley, o las que en el futuro las reemplacen, se duplicará cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviera registrada o lo esté de modo deficiente.

TÍTULO XII

TRIBUNAL DE TRABAJO PARA EL PERSONAL DE CASAS PARTICULARES.

RÉGIMEN PROCESAL

ART. 51.- Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Sustitución. Sustitúyase en cuanto a sus normas, denominación, competencia y funciones al "Consejo de Trabajo Doméstico" creado por el decreto N° 7979 de fecha 30 de abril de 1956, por el "Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares", dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, que será el organismo competente para entender en los conflictos que se deriven de las relaciones de trabajo regladas por la presente ley que se hayan desenvuelto en el ámbito de la Capital Federal.

ART. 52.- Composición. El Tribunal estará a cargo de un Presidente y personal especializado, cuyo número y funciones será determinado por la autoridad de aplicación de esta ley.

ART. 53.- Instancia conciliatoria previa. Con carácter obligatorio y previo a la interposición de la demanda, se llevará a cabo una audiencia ante un conciliador designado para ello, proveniente del servicio que al efecto establecerá la autoridad de aplicación, quien tendrá un plazo de diez (10) días hábiles, contados desde la celebración de la audiencia, para cumplir su cometido.

Vencido el plazo sin que se hubiera arribado a la solución del conflicto se labrará el acta respectiva, quedando expedita la vía ante el Tribunal.

En caso de arribar las partes a un acuerdo conciliatorio, el mismo se someterá a homologación del Tribunal, que procederá a otorgarla cuando entienda que el mismo implica una justa composición del derecho y de los intereses de las partes conforme a lo previsto en el artículo 15 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (TO 1976) y sus modificatorias.

En caso de incumplimiento del acuerdo conciliatorio homologado, el juez interviniente en su ejecución, evaluando la conducta del empleador, le impondrá una multa a favor de la trabajadora/or de hasta el treinta por ciento (30%) del monto conciliado, más allá de los intereses que pudieran corresponder por efecto de la mora.

ART. 54.- Procedimiento. Los conflictos ante el Tribunal se sustanciarán en forma verbal y actuada, sin formas sacramentales inexcusables que impidan su desarrollo, debiendo las partes necesariamente contar con patrocinio letrado. El funcionario interviniente explicará a las partes en lenguaje sencillo y claro las normas que rigen el procedimiento, el que se tramitará de la siguiente forma:

- a. El empleador podrá hacerse representar, salvo para la prueba confesional, por cualquier persona mayor de edad y mediante simple acta poder otorgada ante el Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. La trabajadora/or podrá designar letrados apoderados mediante simple acta poder otorgada ante el Tribunal, para que ejerzan su representación tanto en la instancia jurisdiccional administrativa como en la judicial.
- b. Deducida la demanda, se citará en forma inmediata a las partes a una audiencia a fin de arribar a una solución conciliatoria. En caso de no ser posible el avenimiento, en dicho acto el demandado deberá contestar la demanda interpuesta y ofrecer la prueba de que intente valerse, oportunidad en la que también la trabajadora/or accionante podrá ofrecer o ampliar la prueba ya ofrecida.
- c. En todo momento deberá instarse a la conciliación entre las partes, tanto antes como después de la recepción de las pruebas ofrecidas. Serán admitidas todas las medidas de prueba establecidas en la ley 18.345, salvo las que por su naturaleza desvirtúen el sumario del procedimiento o no sean compatibles con las características peculiares de esta relación de empleo.
- d. El Presidente del Tribunal podrá en cualquier estado del proceso decretar las medidas de prueba que estime conveniente, reiterar gestiones conciliatorias y subsanar cualquier falencia procesal que advierta, sin perjuicio de lo que oportunamente pueda resolver el juez que intervenga con motivo del recurso de apelación que se interponga contra la resolución definitiva.

ART. 55.- Resolución. Recibida la prueba y concluido el período probatorio, el Presidente del Tribunal dictará resolución definitiva que ponga fin a la instancia,

pudiendo imponer o eximir de costas al empleador vencido, todo lo cual deberá notificarse personalmente o por cédula a las partes.

ART. 56.- Apelación. Las resoluciones definitivas a que se refiere el artículo anterior serán apelables dentro del plazo de seis (6) días mediante recurso fundado, que deberá ser presentado ante el mismo Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, quedando a su cargo remitir las actuaciones dentro de los tres (3) días subsiguientes a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, para que disponga su radicación ante el Juez Nacional de Primera Instancia del Trabajo que corresponda según el respectivo sistema de sorteo y asignación de causas.

Los recursos de apelación que no se presenten fundados serán declarados desiertos sin más trámite.

ART. 57.- Sustanciación y Resolución del Recurso. Recibidas las actuaciones, el Juez Nacional de Primera Instancia del Trabajo que resultare sorteado correrá traslado de los agravios a la contraparte por el plazo de tres (3) días, debiendo asimismo convocar a las partes a una audiencia de conciliación. En caso de no lograrse una solución conciliatoria, previa intervención del Ministerio Público, dictará sentencia en un plazo no mayor de veinte (20) días, salvo que dispusiera de oficio medidas para mejor proveer, en cuyo caso el plazo antedicho se suspenderá hasta que se sustancien las pruebas ordenadas.

ART. 58.- Determinación y ejecución de deudas con la Seguridad Social. Si por resolución o sentencia firme se determinara que la relación laboral al momento del despido no estaba registrada o lo hubiese estado de modo deficiente, o si de cualquier otro modo se apreciara que el empleador hubiera omitido ingresar en los organismos pertinentes los aportes o las contribuciones correspondientes a los distintos sistemas de la seguridad social, el Presidente del Tribunal o el Secretario del Juzgado interviniente deberán remitir los autos a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a efectos de la determinación y ejecución de la deuda que por aquellos conceptos se hubiera generado. Para hacer efectiva esa remisión deberá emitir los testimonios y certificaciones necesarios que permitan la continuación del procedimiento de ejecución hasta la efectiva satisfacción de los créditos deferidos en condena.

El Presidente del Tribunal o el Secretario que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos.

ART. 59.- Trámite de ejecución. Órgano competente. Las resoluciones definitivas, las sentencias condenatorias y los acuerdos conciliatorios serán ejecutables por intermedio del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo que hubiere prevenido o, en su caso, que resultase sorteado por la Cámara Nacional de Apela-

ciones del Trabajo de la Capital Federal al formularse el pedido de ejecución ante el Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, que deberá remitir las actuaciones dentro del plazo de tres (3) días de presentado el requerimiento ejecutorio por el interesado.

ART. 60.- Aplicación supletoria. La ley 18.345 y sus modificatorias serán de aplicación supletoria, en todo cuanto concuerden con la lógica y espíritu de la presente ley.

ART. 61.- Gratuidad. En las actuaciones administrativas el trámite estará exento de toda tasa y será gratuito para la empleada/o.

TÍTULO XIII

COMISIÓN NACIONAL DE TRABAJO EN CASAS PARTICULARES

ART. 62.- Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares. Integración. La Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) será el órgano normativo propio de este régimen legal, la cual estará integrada por representantes titulares y suplentes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; del Ministerio de Desarrollo Social; del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; de los empleadores y de las trabajadoras/es; cuyo número será fijado por la autoridad de aplicación.

La Presidencia de la Comisión se encontrará a cargo de un (1) de los representantes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. En caso de empate en las respectivas votaciones, el presidente tendrá doble voto.

ART. 63.- Sede. Asistencia. El organismo actuará y funcionará en sede del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, pudiendo constituirse en cualquier lugar del país cuando las circunstancias o las funciones específicas así lo requieran.

ART. 64.- Designaciones. Los integrantes de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) serán designados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Los representantes de los empleadores y trabajadores serán designados a propuesta de las entidades más representativas de cada uno de ellos.

Los representantes de los organismos estatales serán designados a propuesta de la máxima autoridad de cada ministerio.

ART. 65.— Duración en las funciones. Los integrantes de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) durarán dos (2) años en sus funciones, pudiendo ser renovados sus mandatos a propuesta de cada sector.

ART. 66.- Asistencia legal y técnico administrativa. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social tendrá a su cargo la asistencia legal y técnico administrativa necesaria para el funcionamiento de la Comisión Nacional de Trabajo en

Casas Particulares (CNTCP) para lo cual lo dotará de un presupuesto anual propio e incluirá dentro de la estructura orgánica estable del ministerio las funciones de coordinación y asistencia que le corresponden.

ART. 67.- Atribuciones y Deberes. Serán atribuciones y deberes de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP):

- a. Dictar su reglamento interno y organizar su funcionamiento.
- b. Constituir comisiones asesoras regionales, dictar su reglamento interno, organizar su funcionamiento determinando sus respectivas jurisdicciones conforme las características sociales, culturales y económicas de cada zona, fijando sus atribuciones en materia de determinación de salarios, categorías profesionales, condiciones de trabajo y demás prestaciones a cargo del empleador.
- c. Fijar las remuneraciones mínimas y establecer las categorías de las/los trabajadoras/es que se desempeñen en cada tipo de tarea, determinando sus características, modalidades especiales, condiciones generales de trabajo; y para la modalidad sin retiro la distribución de las pausas y descansos.
- d. Dictar normas sobre las condiciones mínimas a las que deberán ajustarse las prestaciones de alimentación y vivienda a cargo del empleador, en caso de corresponder, teniendo en consideración las pautas de la presente ley y las características de cada región.
- e. Promover el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo del personal del presente régimen.
- f. Interpretar y aclarar las resoluciones que se dicten en cumplimiento de esta ley, cuando fuese menester.
- g. Asesorar a los organismos nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipales o autárquicos que lo solicitaren.
- h. Solicitar de las reparticiones nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipales o entes autárquicos, los estudios técnicos, económicos y sociales vinculados al objeto de la presente ley y sus reglamentaciones.
- i. Celebrar acuerdos de cooperación con entidades públicas y privadas, tanto nacionales como internacionales.
- j. Realizar acciones de capacitación, en particular, en beneficio de las representaciones de trabajadoras/es y empleadores que actúen en el ámbito de la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) y para la difusión de la normativa contemplada en la presente ley.

TÍTULO XIV

DISPOSICIONES FINALES Y COMPLEMENTARIAS

ART. 68.- Alcance. La presente ley es de aplicación obligatoria y regirá para todo el territorio nacional, a excepción de lo establecido en el Título XII, salvo para aquellas provincias que decidan adherir al régimen procesal reglado por esta ley y a través de los órganos jurisdiccionales administrativos y judiciales propios de sus respectivas jurisdicciones.

Sus disposiciones son de orden público y en ningún caso se podrán pactar condiciones menos favorables que las establecidas en el presente régimen, las cuales podrán ser mejoradas por la Comisión Nacional de Trabajo en Casas Particulares (CNTCP) o en el marco de la negociación colectiva y el contrato individual.

ART. 69.- Prescripción. Plazo. Prescriben a los dos (2) años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales del trabajo contempladas en el presente régimen. Esta norma tiene carácter de orden público y no puede ser modificada por convenciones individuales o colectivas o disposiciones administrativas de ningún tipo.

Los reclamos promovidos ante la autoridad administrativa del trabajo tendrán carácter interruptivo del curso de la prescripción, durante todo el plazo que insuma la tramitación en esa instancia, con excepción de los que se efectúen en el marco del proceso conciliatorio previsto en el artículo 53 de esta ley que suspenderá el curso de la misma por el tiempo máximo otorgado al conciliador actuante para lograr su cometido.

ART. 70.- Actualización. Tasa aplicable. Los créditos demandados provenientes de las relaciones laborales reguladas por la presente ley, en caso de prosperar las acciones intentadas, deberán mantener su valor conforme lo establezca el Tribunal competente, desde que cada suma es debida y hasta la fecha de su efectiva y total cancelación.

ART. 71.- Autoridad de aplicación. Competencia. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley.

ART. 72.- Sustituciones. Exclusión. Aplicación.

a. Sustitúyese el texto del inciso b) del artículo 2º del Régimen de Contrato de Trabajo, aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias que quedará redactado de la siguiente manera:

'b. Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente'.

- c. Sustitúyese el texto del artículo 2° de la ley 24.714 y sus modificatorias que quedará redactado de la siguiente manera:

‘ART. 2°- Las empleadas/os del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares se encuentran incluidas en el inciso c) del artículo 1°, siendo beneficiarias de la Asignación por Embarazo para Protección Social y de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, quedando excluidas de los incisos a) y b) del citado artículo con excepción del derecho a la percepción de la Asignación por Maternidad establecida por el inciso e) del artículo 6° de la presente ley.

Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional para que dicte las normas pertinentes a efectos de adecuar y extender a las empleadas/os de dicho régimen especial estatutario las demás asignaciones familiares previstas en la presente ley.

Facúltase a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) para establecer las alícuotas correspondientes para el financiamiento de la asignación familiar por maternidad correspondiente a las empleadas del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares.’

- c. Modifíquese el último párrafo del artículo 3° de la ley 24.714, el que quedará redactado de la siguiente manera:

‘Quedan excluidos del beneficio previsto en el artículo 1° inciso c) de la presente los trabajadores que se desempeñen en la economía informal, que perciban una remuneración superior al salario mínimo, vital y móvil.’

- d. No serán aplicables al presente régimen las disposiciones de las leyes 24.013 y sus modificatorias, 25.323 y 25.345.
- e. Las empleadas o empleados del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares se encuentran comprendidos en el Régimen Especial de Seguridad Social instituido por el Título XVIII de la ley 25.239. Facúltase a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a modificar las contribuciones y aportes previsionales y de obra social previstos en el Título XVIII de la ley 25.239.
- f. Facúltase a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) a modificar las contribuciones y aportes previsionales y de obra social previstos en el Título XVIII de la ley 25.239.

ART. 73.- Agravamiento indemnizatorio. Adecuación. A los efectos de lo dispuesto por el artículo 50 y para las relaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, los empleadores gozarán de un plazo de ciento ochenta (180) días corridos contados a partir de dicha oportunidad para regularizar la situa-

ción del personal de casas particulares, vencido el cual le será de plena aplicación la duplicación dispuesta en el artículo antes citado.

ART. 74.- Reparación y prevención de riesgos del trabajo. Las trabajadoras/es comprendidas en la presente ley serán incorporadas al régimen de las leyes 24.557 y 26.773 en el modo y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria, para alcanzar en forma gradual y progresiva las prestaciones contempladas en dicha normativa, en función de las particularidades propias del presente estatuto. El Poder Ejecutivo fijará, en su caso, las alícuotas que deberán cotizar los empleadores, así como las demás condiciones necesarias para acceder a los beneficios respectivos.

ART. 75.- Derogación. Derógase el decreto-ley 326/1956 y sus modificatorios, el decreto 7979/1956 y sus modificatorios y el decreto 14.785/1957.

ART. 76.- Vigencia. Lo establecido en la presente ley será de aplicación a todas las relaciones laborales alcanzadas por este régimen al momento de su entrada en vigencia.

ART. 77.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.”

Se deja constancia que el proyecto en cuestión fue aprobado en general y en particular por el voto unánime de los presentes (artículo 81 de la Constitución Nacional), con excepción de los incisos c), e) y f) del artículo 72 que fueron aprobados por mayoría simple.



Proyectos de investigación

La negociación colectiva en el sector público en los ámbitos locales^(I)

por **ÁLVARO D. RUIZ**⁽²⁾, **MARIO L. GAMBACORTA**⁽³⁾, **MAGALÍ N. TROYA**⁽⁴⁾

I | Introducción

El objetivo fundamental del presente trabajo de investigación, que será próximamente publicado por Infojus, ha sido el relevamiento de la normativa referencial para la negociación colectiva en el sector público en

(1) La presente colaboración constituye un adelanto del trabajo de investigación realizado sobre “La negociación colectiva en el sector público en los ámbitos locales”, que fue elaborado por el Equipo de Investigación en Derecho Sindical y de las Relaciones Colectivas del Trabajo que dirige el Dr. Álvaro D. Ruiz y coordina el Dr. Mario L. Gambacorta, que será próximamente publicado por Infojus. El objetivo fundamental del trabajo ha sido el relevamiento de la normativa referencial para la negociación colectiva en el sector público en el ámbito provincial, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(2) Subsecretario de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Presidente de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario.

(3) Docente investigador. Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho (UBA) y de Derecho Sindical y de las Relaciones Colectivas del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), ha publicado diversos artículos sobre la temática. Fue consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Actualmente se desempeña como coordinador del equipo de investigación en Derecho Sindical y de las Relaciones Colectivas del Trabajo, y como Jefe de Asesores de Gabinete de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

(4) Licenciada en Relaciones del Trabajo y Magister en Ciencias Sociales del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), ha sido co-autora de diversos artículos sobre la materia. Se ha desempeñado como Secretaria de Conciliación en la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Actualmente integra la cátedra de Derecho Sindical y de las Relaciones Colectivas del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA) y es Asesora de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del MTEySS.

el ámbito provincial y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Nuestro propósito es brindar una herramienta de sistematización para la consulta de quienes se interesen por esta temática, que todavía se muestra poco desarrollada.

En la investigación que llevamos adelante, y en nuestro carácter de integrantes del “Equipo de Investigación en Derecho Sindical y de las Relaciones Colectivas del Trabajo”,⁽⁵⁾ se nos planteó la necesidad de relevamiento de las bases normativas locales que regulan el proceso negociador del sector público, tomando las fuentes constitucionales como primera referencia; luego las leyes, decretos u ordenanzas; y también, cuando existen, los convenios o acuerdos de naturaleza colectiva celebrados en las respectivas jurisdicciones.

Cabe señalar que varios de los integrantes del equipo de investigación se desempeñan tanto en actividades académicas —como la docencia y la investigación—, en la gestión, o en una articulación de ambas. Es así que, a partir de la aplicación de la experiencia teórico-práctica en el ámbito universitario y en la gestión —como, por ejemplo, con el impulso de nuevos contenidos de la negociación colectiva desde la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad—, se logra una interesante sinergia de experiencias, conocimientos y acciones.

En esa línea de acción, el objetivo de este trabajo de investigación ha sido tanto el relevamiento y la recopilación de la información normativa disponible referida a las temáticas que hacen a la negociación colectiva para el ámbito local, así como la dilucidación de cláusulas constitucionales locales y de otras de carácter complementario (muchas veces contenidas en estatutos especiales), con vistas a facilitar el cumplimiento del derecho a negociar colectivamente.

A partir de la hipótesis de que los Estados provinciales presentan una escasa normativa en materia de negociación colectiva en el sector público ocal, nos propusimos ofrecer un panorama general que permita apreciar su grado de evolución y sus posibilidades de desarrollo de la negociación colectiva en los ámbitos locales. Si bien estas negociaciones colectivas detentan ciertas regulaciones con claras semejanzas a las legislaciones que

(5) Para mayor información ver www.investigacionesdeltrabajo.com

pautan la concertación colectiva en general para el sector privado y para el sector público nacional, revelan a su vez las singularidades propias de cada una de las provincias.

En el sentido señalado en el párrafo precedente, pueden destacarse las normas referidas a ámbitos de negociación, alcances y perspectivas de los contenidos negociales, derechos sindicales, partes alcanzadas, facultades, derechos y obligaciones, entre otras.

Todos estos elementos se destacan y pueden constatarse no sólo como herramientas potenciales sino fundamentales, en vistas a la ampliación, desarrollo y fortalecimiento de un aspecto tan relevante de las relaciones laborales como es la negociación colectiva y, en este trabajo en particular, en la negociación colectiva en el sector público de los estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La obra, que es fruto de la labor investigativa aludida, fue elaborada a partir de un trabajo de campo que se orientó prioritariamente a un relevamiento de la normativa específica sobre la materia, su grado de aplicación y el consecuente desarrollo de la negociación colectiva a nivel local en cada jurisdicción. Se trató de una tarea que no ha resultado fácil en cuanto a la obtención del material en cuestión y a la determinación de la vigencia de la normativa relevada, por lo que los investigadores han debido recurrir a información pública digitalizada en diversas bases de datos —y, entre éstas, la proporcionada por Infojus ha sido de particular importancia para la concreción de este proyecto investigativo—.

Asimismo, como parte de la labor, y con miras a la obtención y constatación de la actualidad de los materiales relevados, se realizaron consultas directas a organismos provinciales y locales.

Por otra parte, resulta interesante el cotejo de los distintos regímenes, porque permite advertir ciertos comunes denominadores que —con sus propias características— no difieren sustancialmente a lo que es preocupación de las rondas paritarias del sector privado.

En ese sentido, el tema de la representación exige definiciones que contemplen la situación y función de los actores más allá de las categorizaciones generales que proporciona la Ley de Asociaciones Sindicales, tanto

para la parte gremial como para la empleadora. Otro tanto ocurre en lo que concierne al modo de promoción de la negociación, a la forma de constitución de la instancia negocial y al mecanismo de revisión como de forma validación de lo negociado.

Interesa también todo cuanto apunta a los contenidos negociables, a las materias excluidas y a los dispositivos a convenir para contener y administrar el conflicto que puede —y suele, naturalmente— suscitarse en toda ronda paritaria.

La existencia de determinados sectores (*vgr.* Educación, Salud, Representaciones de Gobierno —Legislatura, Justicia, Administración—) diferenciados a los fines de la negociación y que es posible detectar en las distintas legislaciones locales, no menoscaban el sentido amplio y expansivo que registran los diseños de concertación colectiva.

Se trata de un trabajo que nos seguirá invitando a explorar caminos y posibilidades en una sociedad donde el Estado, sin abandonar sus roles esenciales, se puede enriquecer en el ámbito del desarrollo de sus políticas públicas con la participación integrada de actores sociales.

Este trabajo se constituye en un interesante punto de partida para nuevas investigaciones sobre la temática toda vez que permite proyectar tales relevamientos hacia un ámbito que también se encuentra poco desarrollado en lo que hace a la modernización de las relaciones laborales en general, y a la negociación colectiva en el sector público que le compete: el ámbito municipal.

En suma, es indubitable que una mayor difusión de esta temática traerá aparejado su más amplio conocimiento, y por lo tanto, profundizará la democratización de la información y la ampliación de derechos a través de la facilitación del acceso por diversas vías a estas instancias administrativas.

2 | Cuestiones metodológicas

Como se señaló, el relevamiento investigativo que integra esta obra permite obtener una primera mirada sobre el estado actual y el grado de desarrollo de la negociación colectiva en el ámbito público local. Con la información recabada, y ya con miras a su sistematización, resulta

factible visibilizar suscintamente las características y principales ámbitos alcanzados.

A los fines antes señalados, y en consonancia con la negociación colectiva a nivel nacional, se atendió prioritariamente la división establecida en torno a los tres grandes ámbitos del sector público donde prevalece la actividad negociadora, a saber: Administración Central, Salud y Educación; ámbitos éstos que constituyen, a su vez, los tres pilares básicos para la división y la gestión del empleo en el sector público —por lo que, en general, han sido consecuentemente contemplados al momento de la regulación normativa y de la consecuente institucionalización de las relaciones laborales—.

Por otra parte, y además de la complejidad para el relevamiento, constatamos la necesidad de una reforma o revisión de normativa desactualizada en relación a las nuevas tendencias de desarrollo de las relaciones laborales, cuando no de normativa de restringida viabilidad en relación a los nuevos estándares en razón de provenir o haber sobrevivido a períodos de facto. En tal sentido, recordemos que la negociación colectiva recién ha comenzado a desarrollarse en el sector público desde hace menos de dos décadas.

Apreciamos que en algunas jurisdicciones se ha logrado una cierta sustentabilidad negocial que se podría considerar referencial. Ello, sin desmedro de las necesarias particularidades que se deben proyectar y reconocer a los fines de no perturbar ni desvirtuar realidades locales que evidencian características no siempre sistematizables, amén de los puntos comunes de partida que se pueden verificar en el desarrollo de la negociación en el sector público, las principales materias que le ocupan y los contenidos básicos que la integran.

Si bien queda mucho por seguir construyendo en el marco de las relaciones laborales en el sector público en nuestro país, es dable destacar el desarrollo logrado en la negociación colectiva a nivel nacional, sobre todo en un momento de especial retracción a nivel internacional en los derechos laborales, a los que la negociación colectiva como herramienta de progreso y redistribución no puede escapar fácilmente.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, y más allá de diversas tentativas y retrocesos, el sector provincial y municipal evidencia en línea general un desarrollo insuficiente en la integración de los actores sociales,

cuya efectivización debería redundar en una mayor democratización y asunción de responsabilidades por parte de quienes actúan en las distintas instancias que hacen a la gestión de la cosa pública.

Se evidencian también en diversas normativas relevadas las dificultades formales, de concepción y la falta de impulso para avanzar en la instrumentalización de procesos de negociación colectiva en los potenciales ámbitos relacionados con el sector público; lo que, inexorablemente, en mayor o menor grado, incide en la posibilidad de regular las relaciones laborales mediante la herramienta del diálogo social que conocemos como negociación colectiva. A partir de tal negociación colectiva, se podría profundizar la democratización de las estructuras burocráticas, lo que redundaría en un mayor compromiso y responsabilidad social de las partes, en mejores capacidades de gestión y de control.

Según el Convenio N° 154 de la OIT,

“...la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores, o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: fijar las condiciones de trabajo y empleo; regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Concretamente, el presente estudio permitirá obtener información sobre el estado de situación de la normativa legal y vigente a nivel local, y aplicable a las relaciones colectivas de trabajo. Asimismo, el Convenio N° 151 de la OIT regula la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

Este estudio exploratorio refleja la orientación y el desarrollo de la negociación colectiva en el sector público de los Estados provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El diseño de la investigación por la que optamos reviste carácter cuantitativo; en tal sentido, la recolección de datos se ha desarrollado a partir de una búsqueda exhaustiva y específica de la normativa legal y vigente sobre el tema anteriormente.

El instrumento utilizado principalmente consistió en la base de datos de Infojus, sitio que cuenta con un motor de búsqueda que permite acceder a las leyes provinciales analizadas y ordenadas según tema, vigencia y provincia.

Complementariamente, se consultó a diversos actores vinculados con la problemática de referencia, tales como carteras y demás dependencias de los Estados provinciales, y algunas asociaciones sindicales. Es decir, se detectó, obtuvo y consultó materiales de diferentes procedencias que para el propósito del estudio.

Más allá de las características puntuales de los datos relevados, existe una tarea previa que consistió en definir el universo a investigar, constituyéndose en el primer paso para la estructuración del diseño investigativo.

De tal forma, que el universo a analizar en este caso es la totalidad de la normativa relacionada con el tema en cada provincia.

Con respecto a la dimensión temporal de las distintas categorías tales como leyes, decretos, convenios colectivos y estatutos, el período establecido ha sido según la entrada en vigencia.

Por todo ello podemos indicar que se trata de una investigación descriptiva, cuyos objetivos son:

2.1 | Objetivo general

- Examinar el desarrollo de la negociación del sector público provincial y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través del relevamiento de la normativa vigente en cada jurisdicción local alcanzada.

2.2 | Objetivos específicos

- Identificar las diferentes fuentes del derecho colectivo del trabajo para el sector público local provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Releva las regulaciones sobre negociación colectiva para los agentes de la administración pública local.
- Describir la situación actual de cada jurisdicción relevada en la materia objeto de estudio.

- Medir el grado de regulación sobre la normativa en materia de negociación colectiva para el sector público.
- Iniciar la exploración del estado y las problemáticas de las relaciones laborales del sector público local.
- Sistematizar datos y conclusiones arribadas a fin de analizar la viabilidad de próximas investigaciones tales como: análisis comparativo, propuestas legislativas, entre otras.

A partir de este relevamiento y sus conclusiones, proponemos conformar un primer paso hacia futuras investigaciones sobre la negociación colectiva en las administraciones públicas provinciales —inclusive atendiendo no solo a lo provincial sino también al ámbito municipal— con el fin de fortalecer el diálogo social y promover una mayor institucionalización de los sistemas de relaciones del trabajo locales.

3 | Las distintas temáticas y su relación

En esta obra, asimismo, se pueden relevar, entre otras, algunas de las siguientes temáticas:

- el componente salarial;
- la eliminación de conceptos no remunerativos;
- la carrera administrativa;
- la capacitación y formación profesional;
- las condiciones y medio ambiente de trabajo;
- el acceso a la planta permanente;
- los concursos públicos y abiertos;
- la ley de empleo público;
- el marco normativo para la negociación en el ámbito local.

Asimismo, y amén de lo anterior, nos hemos permitido proponer contenidos potencialmente atendibles en el ámbito de la negociación colectiva para el sector público en general, y para el ámbito local, en particular.

Toda vez que consideramos que la negociación colectiva es una expresión del diálogo social que fortalece las relaciones laborales, lo que debe interpretarse en línea con la consolidación de un Estado Social de Derecho, la idea rectora que animó la investigación fue brindar una mayor disponibilidad del principal material relacionado con la negociación colectiva en el ámbito público provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, proponiendo un conocimiento actualizado y compilado de las regulaciones existentes que permitan evaluar su estado de vigencia, sus posibilidades de avance en un sector que exhibe, por sus propias características, una marcada peculiaridad y restricciones que la diferencian de la actividad negocial en el ámbito privado de la economía.

La circunstancia referida precedentemente no obsta a destacar que la negociación colectiva en Argentina en general y, en particular, en el sector público nacional, ha alcanzado un interesante y relevante desarrollo, destacable inclusive en términos comparativos y de estándares internacionales.

Sin desmedro de lo anterior, es precisamente en el ámbito provincial donde el desarrollo de la negociación colectiva del sector público debería requerir un mayor impulso y reconocimiento para lograr así su consolidación y reconocimiento como vía idónea y natural para regular las relaciones laborales entre los actores involucrados en el mundo del trabajo.

En tal sentido, cabe mencionar que, al igual que la evolución toda del derecho del trabajo, ha existido siempre un criterio restrictivo al reconocimiento de los derechos laborales, no sólo en el plano individual sino también, y especialmente, en posicionamientos ideológicos determinados en relación a los derechos colectivos, a la organización sindical y a una de sus principales manifestaciones: la negociación colectiva.

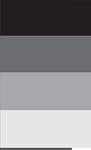
Fue con la recuperación de la vida democrática que se avanzó gradualmente en la negociación colectiva hasta llegar a la ratificación por Argentina del Convenio N° 151 en el año 1987 y, luego, del Convenio N° 154 en 1993; decisiones éstas que abrieron la posibilidad efectiva de la negociación en el sector público. Se trata de un camino que se debe seguir profundizando para un mayor conocimiento y difusión de la temática involucrada, sobre todo desde la nueva perspectiva abierta en mayo de 2003, en base al gran impulso que las políticas públicas implementadas desde el Gobierno Nacional le dieron a la concertación colectiva en todos los ámbitos.

4 | Reflexiones finales

Aspiramos a que este instrumento, concebido como forma de transferencia de conocimientos a la sociedad en su conjunto, no sólo facilite la tarea de profesionales del derecho, investigadores, docentes y estudiantes, sino también, y en términos prácticos y operativos, a representantes sindicales, funcionarios públicos, magistrados y todos aquéllos que se interesen o tengan necesidad de acceder en forma sistematizada a la principal normativa vigente sobre el particular.

En dicha inteligencia, y a partir de los elementos relevados, hemos querido realizar un aporte original e innovador para la democratización del conocimiento a partir de la simplificación del acceso a la información mediante la redacción de una obra que, entendemos, configurará una herramienta de amplia disponibilidad, fácil acceso y consulta.

Para concluir, se trata de estructurar una base de datos sobre la normativa relacionada en forma directa con la negociación colectiva en el ámbito local, y complementaria de la que regula las relaciones laborales, que puede ser ampliada desde diversos enfoques en vista a su utilidad teórico-práctica.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- CAÑAL, DIANA R., *Controversias en el Derecho Laboral. Análisis teórico-práctico. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Errepar, 2012.
- CAUBET, AMANDA B., “La tipicidad del contrato y el principio de la primacía de la realidad: situación de los médicos y de otros profesionales”, en *Revista de Doctrina Laboral y Previsional*, DLE n° 223, Bs. As., Errepar, Marzo 2004, T. XVIII.
- CORRES, GERARDO, “La Nueva Ley Migratoria. La situación de los trabajadores extranjeros. Algunas Particularidades del Mercosur”, en *Revista de Derecho Laboral*, Contratación Laboral, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2005.
- COUTURIER, GÉRARD, *Droit de Travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.
- ETALA, CARLOS, *Contrato de Trabajo*, 6ta. ed., Bs. As., Editorial Astrea, 2008.
- GHESTIN, JACQUES, *Les obligations. Le contrat: formation*, Paris, Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1998.
- GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS, “Derecho a la no discriminación y control de constitucionalidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., La Ley, 06/05/2009.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, 1897, n° 219.
- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Obras completas*, Bs. As., 1935, t. VII.
- GRISOLIA, JULIO A., (2008) “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Abeledo Perrot, 13ra. ed., 2008, tomos I y II.
- GRISOLIA, JULIO A., “Derecho Laboral y Justicia”, en http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Derecho_Laboral_y_justicia/derecho_laboral_y_justicia.html
- GRISOLIA, JULIO A., “Hacia un sistema de relaciones laborales con inclusión social”, en *RDLSS 2007-A- 189*, 2007.
- JAIME, RAÚL C. y ÁLVAREZ, FEDERICO C., *Régimen Previsional de los Trabajadores Dependientes*, Bs. As., Editorial Depalma, 1980.
- LORENZETTI, RICARDO A., *Tratado de los Contratos*, 2003, T. II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- MACAGNO, MAURICIO E., “Explotación laboral de extranjeros ilegales ante el derecho penal”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2011- F.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina General del Contrato*, Bs. As., El Foro, 1986.
- MICALE, ADRIANA A., “El trabajo Informal, su impacto en el financiamiento de la Seguridad Social”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Bs. As., Ediciones Infojus, año I, n° 2.
- MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS, *Retratada. Un recorrido en imágenes sobre la trata de personas en la República Argentina*, febrero 2012.
- NAVARRO FALLAS, RÓMAN A., “El derecho fundamental a la seguridad social, papel del Estado y principios que informan la política estatal en seguridad social”, en *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, San José, Costa Rica, biblioteca electrónica SciELO, 2002, v.10, n° 1. Ver texto en: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-12592002000100002&script=sci_arttext

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- NEFFA, JULIO C.; PANIGO, DEMIAN T. y LÓPEZ, EMILIANO, *Empleo, Desempleo y Políticas de Empleo*, Bs. As., Editorial Ceil-Piette del CONICET, 2010, n° 4.
- NEFFA JULIO, “El trabajo no registrado como modalidad límite de precariedad”, en Mariana Busso y Pablo Pérez (coord.), *La corrosión del trabajo. Estudios sobre informalidad y precariedad laboral*, Bs. As., Miño y Dávila, CEIL-PIETTE, Trabajo y Sociedad, 2010.
- NEFFA JULIO, (dir.), *Empleo, Desempleo y Políticas de Empleo*, CEIL-PIETTE del CONICET, 2010.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “El Trabajo Decente y la Economía Informal”, en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/re-vi.pdf>
- PAYA, FERNANDO H. y MARTIN YÁÑEZ, MARÍA T., *Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, Bs. As., Abeledo Perrot, agosto 2012, T. I, Parte General.
- PODETTI, HUMBERTO A., *Política Social*, Bs. As., Editorial Astrea, 1982.
- ROSSI, PATRICIA y PICONE, JAVIER B., “Breve análisis del trabajo tercerizado y la responsabilidad solidaria en relación con el sistema de seguridad social”, en *Revista Derecho del Trabajo*, año I, n° I, Bs. As., Ediciones Infojus.
- SHLESER, DIEGO, “El trabajo no registrado a largo plazo”, en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/>.
- TOMADA, CARLOS, “La Ley de Ordenamiento Laboral: Objetivos y Criterios Rectores”, en *Suplemento Especial sobre la Reforma Laboral*, Bs. As., La Ley.
- VALDOVINOS, OSCAR (Presidente del Grupo de expertos en relaciones laborales), *Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en Argentina*, 1ra. ed., Bs. As., Rubinzal Culzoni, junio 2008.

Índice Temático

A

- ABUSO DEL DERECHO P. 9
- APORTES Y CONTRIBUCIONES P. 41,
52, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 74, 75, 79
- Moratorias P. 56, 62, 63, 64, 67
- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD P. 30

B

- BENEFICIOS PREVISIONALES P. 55,
56, 57, 61, 64, 67, 71
- Jubilación ordinaria P. 61, 62
- Pensión por fallecimiento P. 61, 62, 67
- Retiro por invalidez P. 61, 62
- Prestación por desempleo P. 56

C

- CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 6, 10,
22, 49, 51, 86, 98
- CONTRATO CIVIL P. 5, 16
- CONTRATO DE TRABAJO P. 5, 9, 10, 11, 12,
13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 36, 38,
39, 77, 82, 95, 101, 110, 123, 125, 126, 131, 135, 136, 137, 138
- Cesión del contrato P. 23, 32, 34, 35
- Contenido del contrato P. 26
- Objeto del contrato P. 24, 26, 27, 110
- Presunción de la existencia del contrato
de trabajo P. 17, 18, 19
- Relación de trabajo P. 10, 11, 12, 19, 26, 28, 72
- CONVENIO 143 DE LA ORGANIZA-
CIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODOS
LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADO-
RES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIA-
RES P. 96

D

- DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL
P. 60, 67
- DIGNIDAD HUMANA P. 43, 44,
50, 51, 65, 82, 90, 91, 93, 97, 112
- DISCRIMINACIÓN P. 54, 60, 82,
83, 97, 98, 104, 105, 108, 112
- Discriminación por causa de nacionali-
dad P. 97, 104

F

- FAVOR *DEBILIS* P. 5, 9

I

- INJURIA LABORAL P. 46
- INSCRIPCIÓN LABORAL P. 49

L

- LEY DE CONTRATO DE TRABAJO P. 10,
11, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 36,
37, 38, 40, 42, 72, 76, 102, 111
- LOCACIÓN DE SERVICIOS P. 4

M

- MIGRACIÓN P. 96
- Inmigrante ilegal P. 96, 102, 108
- Leyes migratorias P. 101
- Política migratoria P. 98
- MÉDICO *Véase* PROFESIONALES DE
LA SALUD

N

NEGOCIACIÓN COLECTIVA P. 93, 143
 NOVACIÓN CONTRACTUAL P. 33

O

OBLIGACIONES CONTRACTUALES P. 25, 31, 32, 35, 36, 37, 38
 OBLIGACIONES RESARCITORIAS P. 31, 36, 37, 38

P

PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL P. 58, 66
 PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO P. 7, 10, 12, 22, 41, 91
 Principio de primacía de la realidad P. 10, 12, 18, 22
 Principio protectorio P. 42, 84, 91
 PROFESIONALES P. 5, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 126, 127, 142
 Profesionales de la salud P. 14, 15, 16, 21

R

REAJUSTE DE HABERES PREVISIONALES P. 57
 REGISTRACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL P. 39, 43, 46, 52, 53, 73, 84, 85
 Blanqueo P. 72, 74, 86, 88
 Falta de registraci3n P. 41, 77, 83

Registraci3n deficiente P. 40, 46, 83, 84, 88
 Trabajo decente P. 93, 100, 112
 Trabajo no registrado P. 39, 41, 42, 44, 47, 55, 57, 61, 63, 66, 67, 69, 79, 85, 111

RELACI3N DE DEPENDENCIA P. 3, 6
 Dependencia jur3dica o subordinaci3n P. 13, 15, 21

S

SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO P. 61, 69, 93
 SOLIDARIDAD P. 30, 32
 SUBCONTRATACI3N P. 35

T

TRABAJADOR AUT3NOMO P. 11, 63, 70, 71
 TRABAJADOR EXTRANJERO P. 93, 94, 95, 99, 111, 112
 TRABAJADOR MIGRANTE P. 94, 96, 98, 102
 Permiso de trabajo P. 108
 Residencia para trabajar P. 95
 Trabajadores migrantes indocumentados P. 96, 100, 108
 Trabajadores migrantes ilegales P. 102
 TRABAJO CLANDESTINO P. 51
 TRABAJO EN NEGRO *Véase* REGISTRACI3N DE LA RELACI3N LABORAL
 TRABAJO ESCLAVO P. 110
 TRABAJO PRECARIO P. 44
 TUTELA SINDICAL P. 85

Esta revista, con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en diciembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar