



ENCUENTRO BINACIONAL DE JÓVENES JURISTAS



XIX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Colón (Pcia. de Entre Ríos) 8 y 9 de Mayo de 2015.

PROYECTO “ENCUENTRO BINACIONAL DE LA SECCIÓN DE JÓVENES JURISTAS”

Se trata del primer proyecto organizado por las Delegaciones Uruguay y Argentina de la Sección Jóvenes Juristas de la SIDTYSS para desarrollarse en ocasión de la realización de las *XIX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* que tendrá lugar en Colón (Pcia. de Entre Ríos) los días 8 y 9 Mayo de 2015

LA PROPUESTA:

A partir de considerar que los organizadores del evento han tenido la generosidad de asignarnos una importante participación en él, según surge del cronograma del evento (Sábado 9, 14:30 hs.). La idea del proyecto es desarrollar allí una exposición y debate que se sustente en un proceso previo de intercambio escrito y que culmine en edición de una “Revista Digital”. Entre ambas delegaciones concensuamos respetar el siguiente cronograma:

1. Hasta el 15 de Abril: Recepción de “aportes” escritos por separado en cada uno en ambos países.
2. Del 16 de Abril al 30 de Abril: Período para el intercambio y lectura de los “aportes” para poder realizarles “comentarios” escritos.
3. Desde el 1 de Mayo: Divulgación de los aportes y los comentarios (formato Revista Digital).
4. 9 de Mayo (en las Jornadas): Exposición de cada aporte por el autor, de sus comentarios y posterior debate.
5. Junio: Publicación de Revista Digital: Con relato de todo lo realizado y más las impresiones luego del debate.

LOS “APORTES”

1. Sus características: Se trata de que quien lo desee prepare un documento **sin condicionamiento de ninguna clase**, ni en cuanto a su extensión (ni mínima ni máxima) ni en cuanto a su forma, para compartirlo y discutirlo con los demás. En tanto lo que se busca es la **discusión de ideas**, bien puede tratarse de un trabajo que ya haya sido publicado o utilizado en cualquier sentido por el autor en alguna ocasión anterior, o uno que resulte preparatorio o que esté en elaboración, un comentario a un fallo, una referencia a otro trabajo de otro autor, etc. No es necesario entonces que sea inédito y existe una indefinida variedad de posibilidades de realizar aportes.

2. Los temas: Debe tratarse de alguno de los tres temas de las jornadas, que son:

- a. “Derechos y deberes en la Subcontratación”;
- b. “Huelga y Lock out en los Servicios Esenciales”;
- c. “Protección Social de los Trabajadores Migrantes”.

Si bien no resulta un requisito excluyente ni mucho menos, se sugiere que quienes participen de los aportes y/o sus comentarios, expresen una mirada desde la teoría jurídica, desde los maestros y clásicos de la disciplina, desde la interdisciplina, desde el derecho comparado (que son los temas y aspectos propios de los Jóvenes Juristas según su Declaración de Fines y Propósitos), y/o que tenga en cuenta al trabajador como titular de DD.HH, como ciudadano “en” la empresa y “de” la empresa (en tanto en Argentina estamos trabajando esa temática y entendemos puede resultar provechosa y enriquecedora su utilización aquí).

LOS “COMENTARIOS” A LOS “APORTES”

No existe pauta formal ni sustancial alguna sino sólo que sea **por escrito**. Puede ser una crítica, una reflexión suscitada a partir del trabajo del colega, una asociación sugerida con otro tema, un comentario de derecho comparado, etc.

LOS BENEFICIOS POR PARTICIPAR:

Quienes participen del “proyecto” podrán pagar la tarifa de inscripción prevista para los abogados menores de 35 años.

INDICE

I

“DERECHOS Y DEBERES EN LA SUBCONTRATACIÓN”

APORTES



EL CASO “GÓMEZ, CLAUDIA PATRICIA C/ SADEN S.A. Y OTRO S/DESPIDO”. BREVE COMENTARIO A UN FALLO POLÉMICO

Por Samanta Sofia Delas y Jorge Rubén Afarian



SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL EN URUGUAY

Por Nicolás Pizzo y María José Poey Daguerre

COMENTARIOS



COMENTARIO AL APORTE “EL CASO GÓMEZ C. SADEN: BREVE COMENTARIO A UN FALLO POLÉMICO”

Por Diego Ledesma Iturbide

II

“HUELGA Y LOCK OUT EN LOS SERVICIOS ESENCIALES”

APORTES



TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES EN ARGENTINA

Por Lucas Caparrós



TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Por Juan Pablo Mugnolo

COMENTARIOS



COMENTARIO SOBRE TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA (JUAN PABLO MUGNOLO)

Por Javier H. Delfino



EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y ESPECIALMENTE EN RELACIÓN AL MODO DE RESOLVERLO

Por Diego Ledesma Iturbide



COMENTARIO SOBRE APOORTE DE JUAN PABLO MUGNOLO

Por Pablo Salpeter

III

“PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES”

APORTES



PROTECCIÓN SOCIAL Y MIGRACION. LAS CUENTAS PENDIENTES DE LA INCLUSIÓN PARA LAS PERSONAS QUE MIGRAN

Por Oscar Eduardo Benitez



LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA
COMO CAMINO DE INCLUSIÓN PARA LOS
REFUGIADOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Por Mariela Inés Laghezza



EL TRABAJO DE EXTRANJEROS Y LA SEGURIDAD
SOCIAL EN URUGUAY

Por Ignacio López Viana



ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL DE LOS
TRABAJADORES MIGRANTES

Por Mauro Mónico y Andrea Rodríguez Yaben



TRABAJADOR MIGRANTE. PRINCIPIO DE IGUALDAD
DE TRATO EN EL ACCESO AL EMPLEO

Por Virginia Perciballi y Betiana Quintana.



DISCRIMINACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE
EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO URUGUAYO

Por Ignacio Zubillaga

COMENTARIOS



PROBLEMÁTICA Y ACCIÓN JURISPRUDENCIAL EN
TORNO A LA EFECTIVA VIGENCIA DEL DERECHO
AL TRABAJO

Por Diego Ledesma Iturbide

IV
“CIUDADANÍA LABORAL”

APORTES



LA CIUDADANÍA LABORAL, NO EXISTE

Por Pablo M. Salpeter

COMENTARIOS



COMENTARIOS SOBRE LA NOCIÓN DE
“CIUDADANÍA LABORAL”

Por Diego Ledesma Iturbide.

I
“DERECHOS Y DEBERES EN LA
SUBCONTRATACIÓN”

EL CASO “GÓMEZ, CLAUDIA PATRICIA C/ SADEN S.A. Y OTRO S/DESPIDO”. BREVE COMENTARIO A UN FALLO POLÉMICO

Por Samanta Sofía Delas y Jorge Rubén Afarian.

El supuesto de la subcontratación, que empresas de nuestro país utilizan como estrategia productiva central, genera una triangulación -entre el contratante, el trabajador y el contratista-, por la cual se dificulta la identificación del empleador, y diluye el cumplimiento de sus responsabilidades. Este dispositivo legal de fragmentación laboral y baja de costos, es una forma de precarización de las relaciones laborales que tiende a crecer a nivel global.

Sobre esta cuestión, en el caso en análisis, de fecha 30 de diciembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha dictado una sentencia tan peculiar como regresiva. Se trata del fallo “*Gómez, Claudia Patricia c/ Saden S.A. y otro s/despido*” que en algunos de sus fundamentos nos recuerda a la tristemente célebre sentencia “*Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro s/despido*” del 15 de abril de 1993 (y sus similares)¹.

En el fallo “*Gómez c/ Saden*” la Corte Suprema se avoca a considerar cuestiones de derecho común. En este caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y la responsabilidad solidaria ante incumplimientos, por parte de la empresa contratista o subcontratista, de las obligaciones laborales y de la seguridad social a su cargo. Ello implica que el empresario subcontratante que debe controlar el adecuado cumplimiento de la normativa no se exime de su responsabilidad solidaria demostrando su diligencia o haber controlado adecuadamente al empleador contratista o subcontratista. El incumplimiento se verifica con la prueba de que este último ha violado la normativa laboral y/o previsional. Para expresarlo concretamente: la obligación de control es de resultado.

La Corte, haciéndose eco también de los fundamentos de la causa “*Benítez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero S.A. y otros*”, del 22 de diciembre de 2009, establece que la arbitrariedad de sentencia “*se circunscribe a descalificar aquellas sentencias que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional.*” (Considerando 3º). Asevera, a su vez, que la sentencia se apoya en consideraciones meramente dogmáticas y no da un tratamiento satisfactorio a la cuestión planteada. Ésta es una afirmación muy grave, que no se condice con la realidad que, a continuación, vamos a exponer someramente.

En tres considerandos, la Corte Suprema plantea gran parte de su fundamentación para exonerar a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda (OSSEG, la que, cabe agregar, es de carácter sindical) de su responsabilidad solidaria en relación a las violaciones legales de la empresa SADEN S.A. que prestaba servicios de atención odontológica a los afiliados a la Obra Social. Concretamente, la actora era ex-empleada de SADEN y reclamaba créditos laborales a ambas empresas.

¹ CSJN, 02/07/1993, “Luna, Antonio Rómulo c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros s/despido”; CSJN, 25/08/1998, “Encinas Marcelino c/ Francisco Ballester y otro s/despido”; y CSJN, 14/09/2000, “Escudero, Segundo R. y otros c/ Nueve A S.A. y otro s/ despido”, entre otros.

Expresa que la OSSEG no tiene, como actividad normal y específica propia, que brindar servicios médicos y odontológicos. Su objeto es administrar los recursos económicos para facilitar a sus afiliados el acceso a tales servicios, por lo que no se cumplen los presupuestos del artículo 30 de la LCT.

Previamente, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala IV, 20/04/2011) y contrariamente a lo que luego se dijo, había condenado solidariamente (por mayoría) a la OSSEG por las violaciones de la empresa empleadora de Gómez, dado que consideraba que se cumplían los requisitos (no sencillos de probar, por cierto) de los *“trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento”* del artículo 30.

Uno de los votos afirmativos, más precisamente el del Juez Guisado, estableció claramente: *“El hecho de que las obras sociales hayan sido facultadas por ley a delegar en determinados terceros la prestación de servicios que hacen a su actividad normal y específica propia no constituye, ciertamente, una suerte de liberación de las consecuencias que, en tal supuesto, establece – en el plano laboral – el mencionado artículo 30”* (Considerando I, voto del Juez Guisado). El referido Juez, basándose mayormente en pruebas testimoniales de personal de la empresa demandada (la Ex-Administradora General de SADEN, la Ex-Apoderada y Jefa de Personal de SADEN), concluye que SADEN S.A. atendía casi totalmente a afiliados a la OSSEG. Expresa a su vez, que el mencionado personal de SADEN, dependía de OSSEG para percibir los salarios por sus servicios, lo cual también origina la responsabilidad solidaria de la segunda según el artículo 30 de la LCT.

No podemos sino adherir a la postura mayoritaria de la Sala IV, es decir los votos del Juez Guisado y la Jueza Graciela Elena Marino; dado que (el voto negativo pertenece a la Jueza Pinto Varela), al probarse que la vinculación de la prestadora de servicios odontológicos SADEN S.A. dependía no sólo personalmente (la afluencia de afiliados de OSSEG para prestar sus servicios de salud), sino económicamente de la Obra Social. En efecto, tal como lo expresa uno de los testigos: *“...los sueldos no los cobraban hasta que no pagara la obra social, que cuando la obra social depositaba ahí recién nosotros podíamos cobrar”* (Considerando I, voto del Juez Guisado).

Al respecto de la mentada actividad normal y específica propia del establecimiento, que debe realizar la empresa contratista o subcontratista (SADEN S.A.), por aplicación de las leyes 23.660 (Obras Sociales) y 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) y sus Anexos I y II, entre otras disposiciones², se consideran las Prestaciones Médicas Obligatorias, entre las cuales se encuentra el servicio de odontología en el punto 6 del Anexo I. Por lo tanto, dichas prestaciones, que la OSSEG debe otorgar a sus beneficiarios, son parte de su actividad.

Cuando una norma establece que cierta actividad debe ser prestada obligatoriamente por alguna institución, en este caso la Obra Social, claramente esa actividad será parte de su giro normal. La opción de poder elegir de qué manera brindar la prestación o servicio, por la cual la Obra Social se encuentra obligada en nuestro ordenamiento jurídico, no limita su responsabilidad y resulta solidariamente responsable según los términos del artículo 30 de la LCT.

Diversas son las posturas doctrinarias al momento de definir la actividad normal y específica propia. Es destacable la postura del Profesor Justo López, quien centra el enfoque en torno a la permanencia o extraordinariedad de la actividad desarrollada por la contratista o subcontratista. Explica que: *“(...) de modo tal que la empresa contratante resulta solidariamente responsable con su contratista o subcontratista,*

² Entre ellas, el Decreto N° 576/1993, Poder Ejecutivo Nacional, Superintendencia de Servicios de Salud.

cuando las actividades desplegadas por éstas, aun accesorias, se encuentran integradas permanentemente al establecimiento. Por tanto, los trabajos o servicios que quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma son aquellos vinculados a la actividad extraordinaria o eventual del establecimiento, entendiéndose por extraordinariedad la excepcionalidad del tipo de actividad.”³ Entonces, ¿cómo es posible pensar que una actividad que OSSEG debe desarrollar por imperio de la ley, podría ser considerada como excepcional o extraordinaria?

En coincidencia, una vez más con el Juez Guisado, el sólo hecho de que una empresa pueda “*delegar*” parte de su actividad en otra, más aún cuando dicha actividad (servicios de odontología) debe brindarse obligatoriamente por la empresa que delega, nos lleva a una conclusión inevitable: Se admite que forma parte de su objeto, que es una parte ineludible de sus prestaciones, y conforma su actividad específica propia.

La ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, en su artículo 31, inciso f, establece como uno de los derechos exclusivos de la Asociación Sindical con Personería Gremial, el de administrar sus propias obras sociales y participar en la administración de las creadas por ley o por las convenciones colectivas de trabajo. La ley 19.518 (1972), creadora del Instituto de Servicios Sociales para el Personal de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda, que en el año 1996 adopta su denominación actual, expresa en su artículo 2º: “*El Instituto tiene por objeto acordar a sus afiliados y a su grupo familiar primario servicios médico-asistenciales, sin perjuicio de mantener y ampliar las demás prestaciones sociales, las que podrá otorgar por sí o por medio de terceros*” (el resaltado nos pertenece).

De lo expuesto se desprende que la OSSEG no tiene por objeto social “administrar recursos económicos” al decir de la Corte Suprema. Su actividad es mucho más compleja, y abarca una multiplicidad de prestaciones.

Este cambio de paradigma da por tierra con toda una jurisprudencia progresista y concordante con los principios constitucionales y de justicia social que nutren a todo el plexo normativo del Derecho de Trabajo. El trabajador como “*sujeto de preferente tutela constitucional*”⁴, según lo había expresado una Corte Suprema no muy dispar a la actual una década antes, ha desaparecido. Y no sólo en relación al tema que nos ocupa. Tan sólo por citar algunos ejemplos, traemos a colación los fallos “*Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/despido*” y “*Pastore, Adrián c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano*” (ambos del 19/02/2015), con respecto a la relación de dependencia y locación de servicios.⁵

La Corte, en el caso “*Gómez c/Saden*”, se pronunció ateniéndose a términos dogmáticos y legales, que no se condicen con la realidad que vincula a ambas empresas, y genera, al decir del Profesor Mario Ackerman en relación al caso “*Rodríguez*

³ López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan C., Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Editorial Contabilidad Moderna, Bs. As, 1977, Tomo I, Pág. 258.

⁴ CSJN, 07/09/04, “Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.”; CSJN, 14/09/04, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA s/despido”; CSJN, 21/09/04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688”, entre otros.

⁵ En el fallo “*Cairone*”, la Corte Suprema de la Nación, en concordancia con el dictamen de la Procuradora Fiscal Irma García Netto, descalifica la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que había admitido, basándose primordialmente en el artículo 23 de la LCT, la relación de dependencia entre un médico anestesiólogo y el Hospital Italiano, puesto que el médico recibía órdenes, cumplía horarios y se sometía a controles de concurrencia. La Corte Suprema aseveró que la Cámara de Apelaciones no dio adecuado tratamiento a la causa, que se basó en afirmaciones dogmáticas y efectuó un análisis parcial de la prueba, además de aplicar la legislación laboral a supuestos de hecho para los que no había sido prevista. En “*Pastore*”, la Corte Suprema se remite a lo dicho en “*Cairone*”.

c/Embotelladora”, una mutación del bien jurídico tutelado⁶: de los derechos del trabajador a la limitación irrazonable de la responsabilidad solidaria de las empresas, lo que impide la satisfacción íntegra de los créditos del trabajador.

Podemos concluir, haciendo nuestra una frase del Profesor Ackerman:

“Esta línea argumental y la escala de valores que la sustenta, ¿a dónde nos llevan?”

BIBLIOGRAFÍA

1.- Ackerman, Mario E., ANTES Y DESPUÉS DE RODRÍGUEZ (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa) en *Revista de Derecho Laboral*, N° 1. La solidaridad en el contrato de trabajo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

2.- Goldin, Adrián, El Derecho del Trabajo. Conceptos, Instituciones y Tendencias. Buenos Aires, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2014.

3.- López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan C., Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Buenos Aires, Editorial Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977.

4.- Tribuzio, José E., Capítulo XI: Interposición de terceros y sucesión subjetiva en la relación de trabajo en Héctor Omar García (Director) - Claudio Sebastián Virgili (Coordinador), Relación de Trabajo, Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2013.

⁶ Ackerman, Mario E. “ANTES Y DESPUÉS DE "RODRÍGUEZ" (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)” en *Revista de Derecho Laboral*, Editorial Rubinzal-Culzoni, N° 1. La solidaridad en el contrato de trabajo, Bs. As., 2001, Pág. 200.

SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL EN URUGUAY

Por Nicolás Pizzo y María José Poey Daguerre

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho de información del empleador principal consagrado por la Ley N° 18.251 2.1 La disposición legal. 2.2 Los antecedentes parlamentarios. 2.3 La fuente: el derecho chileno. 3. El ejercicio del derecho de información de la empresa principal. 3.1 Lo sostenido por la Doctrina. 3.1.1 Es suficiente con requerir la documentación sin necesidad de controlarla. 3.1.2 La empresa principal debe realizar un efectivo control de la documentación que reciba. 3.1.3 El control puede tercerizarse y la empresa principal recibir certificados de cumplimiento. 3.2 Posiciones jurisprudenciales 4. Periodicidad con la que debe ejercerse el derecho de información. 5. El ejercicio del derecho a la información no es un elemento determinante para definir la aplicación de las leyes de tercerizaciones. 6. La consagración de este derecho de información y el derecho de retención como fundamento de la exclusión la responsabilidad en cadena. 7. Conclusiones.

1. Introducción

En enero de 2007 se consagró por Ley N° 18.099 la primera regulación de los llamados procesos de descentralización empresarial. Posteriormente, en enero de 2008, se aprobó la Ley N° 18.251, interpretativa, modificativa y complementaria de la primera.

Quizás el cambio más importante introducido por la Ley N° 18.251 fue la modificación del régimen de responsabilidad de la empresa principal en un proceso de tercerización mediante el ejercicio del derecho o carga de ser informado del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social por parte de la empresa subcontratada, intermediaria o suministradora de mano de obra.

El objeto de este trabajo será el análisis de ese derecho de información, su regulación, alcance y proyección. Para ello recurriremos a lo que surge de los antecedentes parlamentarios, de las normas que sirvieron de fuente o inspiración a nuestros legisladores (especialmente el derecho chileno) y lo que ha sido sostenido por la doctrina nacional para finalmente reseñar las posiciones de nuestra jurisprudencia en los 7 años de vigencia que tiene la Ley N° 18.251.

2. El derecho de información del empleador principal consagrado por la Ley N° 18.251.

2.1. La disposición legal

La Ley N° 18.251 complementa y modifica la regulación de los llamados “procesos de tercerizaciones” o de “descentralización empresarial” (subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra) consagrando en su artículo 4° el llamado “derecho de información sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social”. El ejercicio de este derecho permitirá que el empleador principal (es

decir, aquel que recurra a la subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, figuras todas definidas en la propia Ley N° 18.251) pase de ser responsable solidario a subsidiario ante posibles reclamos de parte de los empleados de la empresa tercerizada. El sistema original consagrado por la Ley N° 18.099 establecía la responsabilidad solidaria lisa y llana para todos los procesos de externalización.

El art. 4° de la Ley N° 18.251 establece entonces que *“Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores.”*

A renglón seguido la norma establece que la empresa principal en los mencionados procesos de tercerizaciones: *“(…) queda facultado a exigir a la empresa contratada la exhibición…”* de ciertos documentos que enumera expresamente:

(a) Respecto del pago de los aportes a la seguridad social: la declaración nominada de Historia Laboral (artículo 87 de la Ley N° 16.713) y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional y el certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda (artículo 663 de la Ley N° 16.170).

(b) Respecto a la contratación del seguro obligatorio de accidentes de trabajo: la constancia del Banco de Seguros del Estado que acredite la existencia del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.074.

(c) Respecto al pago de los beneficios laborales al personal: planilla de control de trabajo y recibos de haberes salariales (ambos documentos regulados por el Decreto N° 108/007) y, en su caso, convenio colectivo aplicable.

Finalmente y para que todos esos controles puedan realizarse de forma efectiva sobre los trabajadores, se establece que la empresa principal podrá solicitar los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

La consecuencia del ejercicio de este derecho de información por parte del empleador es la mutación de la responsabilidad de la empresa principal ya que conforme al artículo 6° de la Ley la responsabilidad pasará de ser solidaria a subsidiaria.

Conforme al artículo 5° de la Ley en análisis, cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales podrá ser objeto de retenciones de los pagos pendientes para, con el dinero retenido, pagar a los trabajadores, a la entidad previsional acreedora o al Banco de Seguros del Estado según corresponda.

2.2. Los antecedentes parlamentarios

Los artículos de la hoy Ley N° 18.251 si bien fueron objeto de discusión y estudio por parte de los legisladores, se mantuvieron inalterados conforme fueron enviados en el Proyecto remitido a la Asamblea General por el Poder Ejecutivo actuando en Consejo de Ministros.

Por ello, resulta relevante reproducir aquí lo sostenido por el Prof. Octavio RACCIATTI, , entonces asesor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en su

comparecencia a la Comisión de Legislación del Trabajo el día 11 de diciembre de 2007 al presentar este mecanismo de control de cumplimiento de normas: *“El siguiente bloque del proyecto de ley tiene que ver con la documentación, con el mecanismo de control que permite habilitar el juego de la responsabilidad subsidiaria, es decir, ejerciendo esos controles. En esa exigencia de exhibir esa documentación, la empresa queda comprendida en un régimen de responsabilidad subsidiaria. Además del control se establece que podrá retener los pagos. Esto está prácticamente inspirado en la Ley N° 18.098, que es la que se aplica a la Administración Pública, y tiene un mecanismo similar: exigir documentación y retener pagos cuando la empresa contratista no cumple. También se establecen cuáles son los documentos que se podrían exigir.”*¹.

Con este antecedente de nuestra legislación en las contrataciones que realizan los organismos estatales, fue que se procedió a establecer también para las contrataciones o tercerizaciones de personal en el ámbito privado el derecho de información sobre cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social.

2.3. La fuente: el derecho chileno

RACCIATTI y RODRÍGUEZ AZCÚE refieren también en la mencionada comparecencia al Parlamento Nacional al derecho chileno como una de las fuentes en las que se inspiraron para la redacción del proyecto que finalmente se transformó en Ley².

La **Ley Chilena N° 20.123** que fuera publicada en el Diario Oficial de 16 de octubre de 2006 y que entró en vigencia el 14 de enero de 2007 **modificó el Código del Trabajo** y es la que consagra este derecho de información que ha sido imitado por nuestro legislador.

En lo referido a dicho derecho de información, se señala en el inciso primero, del artículo 183-C que: *“La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.”*

Por su parte, el inciso segundo del citado artículo 183-C, dispone que: *“El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva*

¹ Comisión de Legislación del Trabajo Carpeta N° 2207 de 2007 Versión Taquigráfica N° 1384 de 2007 disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/distribuidos/AccesoDistribuidos.asp?Url=/distribuidos/contenido/camara/d20071211-0082-1384.htm>.

La Ley N° 18.098 de 12 de enero de 2007 citada por el Prof. Racciatti es la que regula ciertos requisitos que deben exigirse a las *“empresas que contraten servicios tercerizados con organismos estatales”* que en su artículo 3° establece respecto de los llamados a licitación que: *“En los pliegos se incluirá una cláusula por la cual la autoridad pública contratante se reserva el derecho de exigir a la empresa contratada la documentación que acredite el pago de salarios y demás rubros emergentes de la relación laboral así como los recaudos que justifiquen que está al día en el pago de la póliza contra accidentes de trabajo así como las contribuciones de seguridad social, como condición previa al pago de los servicios prestados. Las empresas deberán comprometerse a comunicar al Organismo contratante en caso que éste se lo requiera los datos personales de los trabajadores afectados a la prestación del servicio a efectos de que se puedan realizar los controles correspondientes.”*

² Ídem anterior.

Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento.”³.

O sea que el ejercicio del derecho de información conforme a la ley chilena está previsto que se realice mediante la acreditación del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social en primer término a través de la presentación de un certificado emitido por la Inspección del Trabajo respectiva, o bien por una entidad o institución competente y residualmente por otros medios idóneos.

Agrega el artículo **183 – C** que: *“En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.”.*

Adicionalmente se establece que: *“En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.”* y que *“La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas”.*

Tal y como se estableció luego en el derecho uruguayo, en Chile, el **artículo 183-D** del Código de Trabajo establece la posibilidad de atenuación de responsabilidad de la empresa principal de solidaria a subsidiaria, al señalar que: *“si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos”.*

En suma, conforme la ley chilena, fuente de nuestra Ley N° 18.251, el ejercicio del derecho de información, de control de cumplimiento, está en última instancia respaldado por la actuación de la Inspección de Trabajo que expide los certificados de cumplimiento que debe solicitar la empresa principal para beneficiarse de la mutación de la responsabilidad solidaria a subsidiaria.

Esta mutación de responsabilidad de solidaria a subsidiaria en el derecho chileno se dará únicamente si el empresario principal ejerce sus derechos de información y retención, consagrado en los incisos primero y tercero del artículo 183-C, y en consecuencia responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales de las empresas subcontratadas, intermediarias o suministradoras de mano de obra, tal como lo prescribe el inciso primero del artículo 183-D transcrito.

³ A través del Decreto Supremo N° 319, publicado en el Diario Oficial de 20 de Enero de 2007 reglamentó el artículo 183-C inciso segundo, del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20.123, sobre acreditación de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales disponible en la página web de la Dirección del Trabajo de Chile en <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-94347.html>

3. El ejercicio del derecho de información de la empresa principal

3.2 Lo sostenido por la Doctrina

Visto que la fuente de la norma nacional que consagra el derecho de información se encuentra en el derecho chileno, y este tiene grandes diferencias con lo consagrado en nuestro ordenamiento jurídico ya que no reenvía a las empresas principales a solicitar constancias de controles de normas laborales y de seguridad social a organismos públicos que en el ejercicio de sus competencias los deben emitir, esto ha generado dificultades y diferencias en las interpretaciones que han realizado los operadores del derecho.

En nuestra doctrina encontramos al menos tres posiciones acerca del alcance que debe tener el ejercicio de este derecho de información sobre el cumplimiento de las normas de las empresas en el marco de procesos de tercerizaciones para permitir la mutación de la responsabilidad de solidaria a subsidiaria.

3.1.1 Es suficiente con requerir la documentación sin necesidad de controlarla.

Una primera interpretación del artículo 6° de la Ley N° 18.251 es la que establece que alcanza con ejercer el derecho a ser informado, es decir exigir la exhibición de los documentos anteriormente reseñados.

Esta posición es sostenida por GARMENDIA y GAUTHIER quienes señalan que la mutación de la responsabilidad se verifica por la sola circunstancia de que la empresa principal ejerza efectivamente su derecho a ser informada, derecho que en realidad califican como “carga” citando la clásica definición de COUTURE de la situación jurídica que implica un imperativo del propio interés.

Sostienen los autores que para entender que dicha carga ha sido asumida correctamente “... alcanza con que ejerza efectivamente su derecho a ser informada” aclarando que “Esto significa que a tales efectos no es necesario que la empresa demuestre que efectivamente ha controlado la documentación recibida para verificar que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra realmente ha cumplido con las obligaciones a su cargo.”⁴.

3.1.2 La empresa principal debe realizar un efectivo control de la documentación que reciba

Esta postura es sostenida, entre otros, por ROSENBAUM y CASTELLO quienes expresan que “para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma.”⁵.

Para los autores, el fundamento de la mutación de la responsabilidad de solidaria en subsidiaria radica en premiar a la empresa que actúa con la diligencia de un buen hombre de negocios. “En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida (...) se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir

⁴ GARMENDIA, Mario y GAUTHIER, Gustavo “TERCERIZACIONES: Análisis de las Leyes N° 18.099 y N° 18.251 y su aplicación jurisprudencial”, FCU, 2° edición, actualizada y ampliada, mayo de 2012, pág. 154

⁵ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro: “Subcontratación e intermediación laboral – Estudio de las leyes 18.099 y 18.251, FCU, 1° edición, junio de 2008, Montevideo, pág. 158.

la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma.”⁶.

3.1.3 El control puede tercerizarse y la empresa principal recibir certificados de cumplimiento.

Por su parte, LARRAÑAGA sostiene una tercera posibilidad, la de que “... la empresa principal, en vez de pedir la documentación y realizar el control por sí misma, solicite a la empresa auxiliar que en forma periódica le presente un certificado expedido por un Contador público independiente. En este certificado, el profesional dará cuenta de que tuvo a la vista la documentación respectiva y que de la misma surge que la empresa auxiliar cumple con la normativa laboral, de seguridad social y con la póliza de accidentes de trabajo. En el mismo, deberá incluirse la nómina de trabajadores afectados a la obra o servicio contratado.”⁷.

Esta hipótesis es a nuestro juicio absolutamente válida en nuestro sistema jurídico y hay al menos tres razones que nos llevan a sostener que se impone como la interpretación más razonable del ejercicio del derecho de información en análisis.

La primera de esas razones es que esta forma de controlar el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad en el marco de los procesos de tercerizaciones, no ha sido prohibida en nuestra legislación. En cambio esa es la solución que se ha consagrado en el derecho argentino por ejemplo cuando se ha establecido en el artículo 30 del Código de Trabajo argentino que: “Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.”.

La segunda razón es que este mecanismo de solicitud de un certificado emitido por un profesional se parece más a lo que establece la fuente de nuestra norma, el derecho chileno y permite una interpretación armónica y lógica de la solicitud de documentos. Si bien no es un organismo público, hay un tercero que certifica que las normas laborales y de seguridad social se cumplen y con la simple solicitud de ese documento se estaría cumpliendo con la norma y el objetivo del control.

Finalmente, la tercera razón es práctica ya que la misma permite a la empresa dedicarse a su giro o negocio sin distraer su propio personal en auditorías o inspecciones.

GARMENDIA y GAUTHIER parecerían compartir esta posición al afirmar que “La ley no ha consagrado una fórmula sacramental a los efectos de que la empresa principal haga efectivo su derecho a ser informado” y sostienen que por ello podría admitirse cualquier modalidad idónea para cumplir el fin dispuesto en la ley: el ejercicio del derecho a ser informado⁸.

3.2 Posiciones jurisprudenciales

A nivel de la jurisprudencia de segunda instancia parecería existir unanimidad en los cuatro Tribunales de Apelaciones con competencia en materia laboral respecto de que no alcanzaría con la simple requisitoria o pedido de la documentación mencionada en la Ley N° 18.251.

⁶ Ídem.

⁷ LARRAÑAGA ZENI, Nelson; Las relaciones laborales individuales uruguayas” Edit. Amalio M. Fernández; 1° Edición Junio de 2013, Montevideo, pág. 386

⁸ GARMENDIA, Mario y GAUTHIER, Gustavo: op. cit., pág. 162.

Existe consenso de que a efectos de que pueda atenuar el régimen de responsabilidad de la empresa principal de solidaria a subsidiaria, la empresa principal deberá demostrar en juicio haber controlado en forma razonable la documentación remitida en ejercicio de su derecho a ser informada.

El ejercicio del derecho de información supone entonces para nuestros Tribunales, no una mera formalidad sino un análisis del contenido de dicha documentación, un contralor del estado de cumplimiento de las empresas que terceriza e incluso un efectivo conocimiento de la situación cuando los empleados de las empresas contratadas desarrollan su tarea en un lugar en el que la principal está en condiciones de controlar.

Así, con mayor o menor abundamiento en la fundamentación, podemos sintetizar la postura de los cuatro Tribunales de Apelaciones con competencia en materia laboral a través de la transcripción de las siguientes citas jurisprudenciales:

➤ **Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno**

Se ha sostenido por este Tribunal que *“El artículo 4 de la ley 18.251 enumera la documentación que debe requerir la empresa principal, compartiéndose al respecto que “... deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma” y ello se acredita demostrando “haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra”, diligencia que deberá descartarse cuando “de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma” (Rosenbaum y Castello, Subcontratación e intermediación laboral, Tercera edición, Pág. 176).”⁹.*

Esta sentencia tiene la particularidad de resaltar que al margen del derecho de información, la empresa principal no puede desconocer la situación laboral en que se encuentra el trabajador cuando es en sus instalaciones donde cumple el trabajo. Así señala que *“La codemandada (...) afirma que “ignora si es cierto que (...) era el único funcionario (...) que cumplía dicha vigilancia, todos los días del mes...”, con lo que advierte sobre un desconocimiento que no la habilita a ampararse en el cumplimiento del derecho a ser informado previsto legalmente. (...) En ese contexto, la codemandada que carecía de información respecto a un extremo tan necesario como lo es el régimen de trabajo, no puede ampararse en el efectivo cumplimiento de su derecho a la información previsto por el artículo 4 de la ley 18.251.”*

Como síntesis de la posición adoptada por el Tribunal puede reseñarse la siguiente: *“En ese sentido, no basta con la solicitud de la información”*.¹⁰

A mayor abundamiento de la postura de este Tribunal de 1° Turno puede verse el extracto siguiente en el cual se analiza el fundamento de la mutación de la responsabilidad y del contenido del deber de diligencia del buen hombre de negocios: *“En tal sentido la Sala ha expresado: “en cuanto al alcance del control, debe decirse, o mejor dicho repetirse que el art. 4 de la ley 18.251 a pesar de que lo rotula como derecho del empresario principal, a la hora de reglamentar las consecuencias de su ejercicio, lo hace funcionar como una carga: siempre va a ser responsable por la*

⁹ Sentencia N° 243/2014 de 13 de agosto de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno (Morales, r, Rossi, Posada) en Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

¹⁰ Sentencia N° 206/2014 de 16 de julio de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno (Morales, Posada, Rossi, r) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

utilización de trabajo humano en forma descentralizada, pero si quiere subsidiariedad, que ponga en funcionamiento las herramientas legales para lograrlo. Ciertamente es que la ley que se analiza no indica ni cuáles serían los medios apropiados para ejercer el control, ni cuál debería ser su alcance, profundidad o grado de constatación para desplazar la responsabilidad solidaria hacia la subsidiaria. Empero, ello habrá de inferirse de la interpretación contextual de la regla legal insertada en el ordenamiento jurídico todo. En tal sentido, el designio de la disciplina legal de la descentralización empresarial a través de sendas leyes 18.099 y 18.251 consistió no solo en la adaptación de las reglas nacionales para viabilizar el respeto al Convenio Internacional de Trabajo N° 181 ratificado por Uruguay en el año 2004, sino, y como fundamento primero y último, para, cumplir el mandato constitucional de protección del trabajo humano. O lo que es lo mismo, para custodiar que las nuevas formas de organización del trabajo humano, lícitas, válidas, no subordinen las contraprestaciones que el orden público, por otro lado aseguran al trabajador. Entonces, una interpretación de la regla “desde” el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, arroja que la conciliación entre la protección de los frutos civiles del trabajo y las nuevas formas de organización del mismo, sólo se puede lograr si quien se beneficia con éste, se asegura que, quien está obligado originariamente a servir tales prestaciones laborales (el empleador directo), las cumpla. De allí que a pesar de que la ley no lo describa, la interpretación de la disposición en comunión con los valores constitucionales, arroja que, el empresario principal estará gravado con la carga de poner en funcionamiento aquel mecanismo, el que quiera, pero que garantice la eficacia de la protección legal. Que no consiste ni más ni menos que en que el trabajador utilizado en la modalidad descentralizada, permanezca ajeno a las vicisitudes de las relaciones empresariales y vea satisfechos sus derechos. Entonces ni basta el control en grado de tentativa – como parece haber pretendido sostener la impugnante – ni el control como mera formalidad (en similar sentido Rosenbaum, Jorge. Castello, Alejandro. Op. Cit. Pag 158; en contra, Garmendia, Mario. Gauthier, Gustavo. Tercerizaciones. Pag. 130; Garmendia, Mario. “Carga de la empresa usuaria que pretenda responder subsidiariamente en casos de sub contratación, intermediación o suministro de mano de obra” en Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya. FCU 2010 pág. 219)”¹¹.

➤ **Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno**

Tal como fuera adelantado, la Sala de 2° Turno también se afilia a la posición que requiere un control razonable de la documentación. Así expresa: *“El Tribunal comparte la posición adoptada por el Sr. Juez de Primer Grado en el sentido de que para que la responsabilidad solidaria del contratante se transforme en subsidiaria debe la empresa principal requerir la exhibición o presentación de la documentación que dispone el Art 4 de la Ley 18.251 y, además, demostrar que ha realizado un examen y o control razonable de la misma “será carga de la empresa demostrar en un proceso jurisdiccional que ejerció un derecho a ser informada sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, lo cual implica no solamente aportar los documentos mencionados en el Art 4 de la Ley, sino acreditar que ha hecho un control razonable de los mismos” (conforme obra citada en la recurrida Dres Rosebaum-Castello Pág. 158).”¹².*

¹¹ Sentencia N° 192/2014 de 25 de junio de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno (Morales, Posada, r, Rossi) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹² Sentencia N° 203/2010 de 21 de julio de 2010 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno (Corrales, r, Echeveste, Tosi) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

En otra sentencia se señala lo siguiente: *“Respecto del agravio por la violación del artículo 4 de la ley 18.251, el Tribunal entiende que dicho artículo es claro y protege al empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra otorgándole el derecho a ser informado sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y demás. Se trata de una norma innovadora y muy importante, pero para excluirse de sus obligaciones la empresa principal debe acreditar que cumplió con las exigencias legales (...)”*¹³. De esta sentencia se destaca también que *“No se puede admitir como eximente la pérdida de documentación”*.

Alguna sentencia reciente puede llevar a dudar acerca de la postura que ha adoptado respecto del alcance del derecho de información que ha adoptado este Tribunal y pareciera inclinarse por sostener que es suficiente el mero requerimiento de la documentación. Así por ejemplo: *“No se comparte la condena solidaria efectuada por la sentenciante de primer grado por cuanto, surge de autos que la demandada, fue diligente en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley 18.251. En este sentido, recibió de la codemandada, los recibos de pago de sueldos correspondientes, los certificados de estar al día con los aportes a DGI y BPS, la planilla de control de trabajo, en la que está registrado el accionante. La codemandada cumplió adecuadamente con los requerimientos de la Ley 18251 y por tanto su responsabilidad es subsidiaria de acuerdo a las previsiones de los artículos 4to. y 9no. de la ley 18.251.”*¹⁴.

➤ **Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno**

Puede verse la postura de este Tribunal en las siguientes sentencias: *“(...) nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma.*

En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por éstos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma...” (cfm. sentencia de la Sala homóloga de 1er. Turno Nro. 282 de fecha 20.07.2011 citada en el Anuario de Jurisprudencia Laboral 2011, suma 666, páginas 647/648).¹⁵.

Se destaca con no es suficiente con el simple pedido o requisitoria de la documentación requerida: *“Liminarmente es de ver que la parte apelante, a fs. 287 en tanto expresa que no es necesario a su criterio realizar controles, análisis o verificaciones sobre los contenidos de la documentación entregada por las empresas proveedoras, implícitamente admite que no hizo otra cosa que recibir la documentación*

¹³ Sentencia N° 546/2011 de 13 de diciembre de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno (Corrales, Echeveste, Tosi, r) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹⁴ Sentencia N° 114/2014 de 7 de mayo de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno (Corrales, Landeira, r, Tosi) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹⁵ Sentencia N° 161/2014 de 28 de mayo de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno (Contarin, r, Odella, Nogueira) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

respectiva, sin efectuar otros contralores. Actividad que a juicio de la Sala resulta insuficiente para mutar su responsabilidad de solidaria a subsidiaria como pretende al agravarse.

(...) dado que la Institución llevaba a cabo un requerimiento importante de información se advierte que tal cumplimiento atendió más a la forma que a la sustancia.- Nos explicamos, no alcanza con reclamar o exigir determinada información para agregarla en un archivo, parece no requerir de mucha explicación que no se trata sólo de eso, debe formularse un análisis de la misma – somero pero completo - que permita advertir como en el caso que el demandante en sus recibos de haberes no figuraba realizando horas extra pese a que a la recurrente le constaba su realización.

(...) Consecuentemente, en función de la carencia de controles razonables, ha de concluirse que no se cumplió por la apelante con del derecho deber de informarse y las cargas inherentes a ello. Tampoco la recurrente efectuó retenciones suficientes (artículo 5 ejusdem) para asegurar el pago tempestivo de los créditos laborales adeudados al actor y en consecuencia no logró acreditar haber cumplido con la conducta diligente, que conforme a derecho le hubiera habilitado a mutar su responsabilidad de solidaria a subsidiaria;”¹⁶.

➤ **Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno**

Este Tribunal, el de más reciente creación, se ha afiliado claramente a la posición de que debe exigirse un control de la documentación afirmando que“(...) se comparte que como entienden Rosenbaum y Castello en “Subcontratación e Intermediación Laboral – Estudios de las Leyes 18.099 y 18.251”, para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma (...)”¹⁷.

En un caso concreto el Tribunal manifestó que:“(...) surge probado que la demandada no solo exigió la exhibición de la documentación laboral en regla, sino que demostró realizar un control razonable de la misma, al punto que enterada de las dificultades de la empresa demandada para abonar los salarios, retuvo el precio del servicio y abonó los mismos a los funcionarios, rescindiendo el contrato y adjudicándose a otra empresa con la obligación de que absorbiera a todos los empleados, como sucedió con la actora. Vale decir, que aquella actuó con “la diligencia de un buen hombre de negocios” ejerciendo un verdadero control de las obligaciones laborales contraídas por empresa auxiliar demandada”¹⁸.

4. Periodicidad con la que debe ejercerse el derecho de información

Así como no se establece en la Ley N°18.251 en forma clara el alcance de los procedimientos a realizar con la documentación solicitada en el ejercicio del derecho de

¹⁶ Sentencia N° 414/2014 de 8 de diciembre de 2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno (Contarin, Nogueira, Fernández Lembo, r) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹⁷ Sentencia N° 348/2013 de 12 de noviembre de 2013 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno (Echeveste, Patrón, Fernández de la Vega, r) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

¹⁸ Sentencia N° 267/2013 de 2 de setiembre de 2013 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno (Echeveste, Patrón, r, Fernández de la Vega) publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

información, tampoco se establece la periodicidad con la que deberá solicitarse la documentación que respalde el cumplimiento de la normativa.

Es claro que como sostiene RASO, no va a ser suficiente el ejercicio del derecho de información al comienzo de la relación contractual entre la empresa principal y la empresa subcontratada, intermediaria o suministradora de mano de obra sino que el mismo deberá mantenerse activo a lo largo de toda la existencia de dicho vínculo¹⁹.

GARMENDIA y GAUTHIER sostienen que ante la ausencia de regulación específica de este punto y en aplicación del principio de razonabilidad, dependerá de la prolongación o continuidad del vínculo contractual, la complejidad de las obras o servicios contratados y la cantidad de los trabajadores involucrados en la actividad²⁰.

También basándose en el principio de razonabilidad, ROSENBAUM y CASTELLO sostienen que para que sea aplicable la responsabilidad subsidiaria a una empresa principal, la documentación debe solicitarse a la empresa subcontratada, intermediaria o suministradora de mano de obra, “... *con carácter regular y permanente, ya que esa es la única forma de poder conocer cuál es el estado de cumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa auxiliar o proveedora.*”²¹. Estos autores van un poco más allá y afirman que parecería que la solicitud de información y documentación de cumplimiento de las normas laborales a intervalos bimensuales o de similar duración será suficiente. Y agregan que en otros tipos de documentación como el certificado común de BPS, la Planilla de Control de Trabajo y los convenios colectivos, que tienen mayor vigencia solicitarlos mensualmente sería un exceso²².

AMEGLIO por su parte, respecto a la periodicidad con la que debe solicitarse la documentación para ejercer el control de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales y las relacionadas con las primas por accidente de trabajo, va a depender del tipo de obligación que se considere. Respecto del estado de cumplimiento de las obligaciones previsionales y de primas de accidentes de trabajo, debido a que se solicitan certificados que tienen determinados plazos de vigencia, la empresa principal cumplirá con solicitar la exhibición de los nuevos certificados a su vencimiento. Y, respecto de los documentos relacionados con las obligaciones laborales, alcanzaría con solicitar los documentos (Planilla de Control de Trabajo, Recibos de salarios y convenios colectivos) cada vez que se ajusten con carácter general y obligatorio las remuneraciones²³.

5. El ejercicio del derecho a la información no es un elemento determinante para definir la aplicación de las leyes de tercerizaciones

Un punto que resulta interesante para analizar es lo que sucede cuando una empresa contrata un determinado servicio que no encuadra dentro del concepto de subcontratación con los alcances que establece la Ley N° 18.251 pero igualmente decide realizar los controles sobre su cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social.

¹⁹ RASO, Juan “La contratación atípica del trabajo”, AMF, 2° edición ampliada y actualizada con comentarios de las Leyes N° 18.099 y 18.251, julio 2009, pág. 381.

²⁰ GARMENDIA, Mario y GAUTHIER, Gustavo: op. cit., pág. 164.

²¹ ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro: op. cit., pág. 159.

²² Idem.

²³ AMEGLIO, Eduardo en “Segunda ley de protección de los derechos del trabajador ante los procesos de descentralización empresarial” en Revista de Derecho Laboral, Tomo 51, Número 231 (jul.-set. 2008), FCU Montevideo, Pág. 483.

A juicio de los dicentes, el simple ejercicio del derecho de información mediante la realización de dichos controles no puede llevarnos a concluir que debe aplicarse el régimen de responsabilidad de las Leyes N° 18.099 y 18.251.

No tenemos el honor de compartir lo sostenido en tal sentido por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno que en la Sentencia N° 507/2011 de 16 de noviembre de 2011 señaló que: “*Pues bien, lo primero a señalar es que resulta absolutamente contradictoria la postura de la codemandada, pues si por un lado sostuvo que la actividad desarrollada por la empresa (...) no estaba incluida en las Leyes 18.099 y 18.251, no se entiende cómo era que de todos modos, supuestamente se preocupó en realizar los controles que exigen los artículos 4 y 6 de la Ley 18.251 para establecer el alcance de la responsabilidad.*”²⁴.

El ejercicio del derecho a estar informado sobre el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social por las empresas contratadas es relativamente usual en empresas que se preocupan por tener una cadena de valor justa en lo que es el moderno concepto de Responsabilidad Social Empresarial (RSE). Esta ha sido definida por la Comisión Europea como “... *la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores.*”²⁵.

Al respecto, la **Norma ISO 26000 sobre “Responsabilidad Social”** es una guía que establece líneas en materia de Responsabilidad Social establecidas por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés) y especialmente establece en el punto 6.4.3.2. sobre las expectativas y acciones relacionadas con el “*trabajo y relaciones laborales*” que las empresas no podrán beneficiarse de prácticas laborales injustas, explotadoras o abusivas, de sus socios, proveedores o sub-contratistas.

Específicamente en la citada norma ISO se manifiesta que “*Una organización debería realizar esfuerzos razonables para motivar a las organizaciones en su esfera de influencia para que sigan prácticas laborales responsables, reconociendo que a un alto nivel de influencia probablemente le corresponde un alto nivel de responsabilidad de ejercer esa influencia. Dependiendo de la situación y el grado de influencia, dentro de los esfuerzos razonables podría incluirse: el establecimiento de obligaciones contractuales con proveedores y subcontratistas; realización de visitas e inspecciones no anunciadas; y el ejercicio de la debida diligencia en la supervisión de contratistas e intermediarios.*”²⁶.

El ejercicio de este tipo de controles formales no puede afectar la naturaleza de la relación entablada entre las empresas, a las cuales sólo se les aplicará el régimen de responsabilidad de las Leyes N° 18.099 y 18.251 si su vinculación encuadra materialmente en algunas de las figuras allí previstas.

6. La consagración de este derecho de información y el derecho de retención como fundamento de la exclusión la responsabilidad en cadena

Finalmente, es de nuestro interés señalar que la existencia de este derecho de información, con la consiguiente posibilidad de que el empresario principal se vea

²⁴ Dra. María Rosina Rossi Albert, Dra. Doris Perla Morales Martínez, Dr. Julio A. Posada Xavier, (redactor), publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial.

²⁵ Citado por ERMIDA URIARTE, Óscar “Responsabilidad social de la empresa: entre la mercadotecnia y el Derecho” en Revista Derecho Laboral, tomo L, N° 226, 2007, pág. 307 .

²⁶ http://www.iso.org/iso/discovering_iso_26000-es.pdf

beneficiado con la mutación de su eventual responsabilidad de solidaria a subsidiaria, y el derecho de retención del precio, como forma de proteger y neutralizar la responsabilidad que le fue impuesta y transferida, es clave en la regulación de los procesos de tercerizaciones y como tal es un argumento central para afirmar que la responsabilidad en cadena no está contemplada en nuestro ordenamiento.

Además de que la Ley N° 18.251 no haya previsto la responsabilidad en cadena, apartándose en forma expresa de su antecedente chileno - norma que el legislador patrio conoció y deliberadamente no siguió en este punto - la imposibilidad fáctica en que se encontraría la empresa principal, de ejercer el derecho de retención que las leyes de tercerización ponen a su favor en los casos de las cadenas de tercerizaciones, es un argumento más para sostener la inexistencia de la responsabilidad en cadena en Uruguay.

Esto es claro ya que en los casos de contratación en cadena, dado que el precio por las obras lo abonará directamente el contratista a su subcontratista, la empresa principal no tendría posibilidad material de ejercer su derecho de información y consiguiente retención de precio.

7. Conclusiones

Es claro que estamos ante un sistema de control de empresas subcontratistas, intermediarias o suministradoras de mano de obra, que se materializa a través de una modalidad de incentivos donde la empresa principal ve atenuado su grado de responsabilidad (de solidaria a subsidiaria) en la medida que ejerza adecuadamente el derecho de información que establece la Ley.

El tema clave sobre el que no hay consenso doctrinario es qué alcance debe tener ese derecho de información que puede ejercer la empresa principal, sin perjuicio de lo cual la jurisprudencia parece consolidarse hacia exigir un control real y efectivo de la documentación que solicite la empresa principal para que esta pueda beneficiarse de la mutación de la responsabilidad de solidaria a subsidiaria. Asimismo, la empresa principal no puede desconocer condiciones de trabajo que se dan respecto de trabajadores tercerizados que desarrollan su tarea en el establecimiento o a la vista de la principal.

Son aisladas las voces que sostienen que la regulación uruguaya permitiría descargar esa responsabilidad de contralor de cumplimiento de las obligaciones laborales en terceras personas o empresas, profesionales, dirigiendo sus esfuerzos hacia el núcleo central de su negocio o producción.

El ejercicio del control del cumplimiento de las obligaciones laborales en relaciones que no están subsumidas en las modalidades de las Leyes N° 18.099 y 18.251 no habilita a la aplicación del régimen de responsabilidad establecido por dichas normas.

Este derecho de información fundamenta la exclusión de la responsabilidad en cadena, no prevista por nuestras normas.

COMENTARIO AL APORTE “EL CASO GÓMEZ C. SADEN: BREVE COMENTARIO A UN FALLO POLÉMICO”

Por Diego Ledesma Iturbide

Resulta evidente que este fallo considerado junto a otros del Tribunal, me refiero particularmente a los pronunciamientos “Carione” (2014) y “Pastore” (2015), acertadamente relacionados por los autores del aporte, reflejan un cambio de criterio derivado de un cambio de composición en la integración de nuestro Máximo Tribunal de Justicia. De hecho, en ambos casos, se trata de posiciones jurisprudenciales que hasta esta ahora habían sido minoritarias y que a partir de estos pronunciamientos constituye doctrina de la CSJN.

En efecto, nótese que antes del fallo “Gómez” (20014) hubo un fallo “Fiorentino” (2007), diría idéntico en la problemática, que casualmente tuvo la intervención de la misma Sala IV de la CNAT y que fue resuelto en sentido contrario al propiciado en “Gómez”, es decir, confirmando la decisión del tribunal de alzada que prescribía en torno a la responsabilidad solidaria de la Obra Social respecto de las deudas laborales de una empresa que se desempeñaba como prestadora de servicios médicos a su respecto. Resultado que se materializó mediante el voto de la mayoría del Tribunal con invocación del art. 280 CPCCN. Allí la voz disidente la expresó el Dr. Lorenzetti en soledad y con argumentos que luego fueron compartidos por unanimidad de los integrantes de la Corte en “Gómez”¹. Y que algo parecido ocurre con la doctrina que deriva de “Cairone” y “Pastore” en relación a un fallo del mismo cuerpo en “Farini Duggan”, aunque en este caso el voto minoritario fue suscripto también por la Dra. Argibay y la Dra. Highton.

Ambos casos “Gómez” y “Cairone” son a mi juicio discutibles según los hechos relevados. Lo preocupante es la mirada iusprivatista de corte liberal del contrato de trabajo que sobrevuela en “Cairone”² y que es posición histórica en el Juez Lorenzetti³. Una posición que no sólo evoca al texto del fallo “Rodríguez” cuando sostenía acerca de la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de una norma que establezca el pago de deuda que se considera en principio ajena, sino que en el caso del mencionado Juez es una adhesión expresa y declarada de la doctrina allí sentada.^{4 y 5}

¹ Aunque los jueces que conforman la mayoría se abstienen absolutamente de proponer una lectura general sobre el art. 30 LCT.

² Por ejemplo, en “Cairone” la aptitud atribuida a la iniciativa privada para calificar la naturaleza jurídica de un vínculo como siendo de trabajo autónomo o dependiente.

³ Ver su LORENZETTI, Ricardo Luis, *El fraccionamiento de la responsabilidad laboral*, en Revista de Derecho Laboral, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 113 y sgtes.

⁴ Efectivamente, el considerando 9º del voto en minoría en el fallo “Fiorentino” remite en materia de interpretación del art. 30 LCT a la doctrina de “Rodríguez” (1993) y sus contemporáneos: “Luna” (1993); “Gauna” (1995); “Sandoval” (1995); “Vuoto” (1996); etc. etc. En el fallo “Gómez” el voto en disidencia de Lorenzetti es precisamente por no remitir los fundamentos del pronunciamiento a lo expresado por la disidencia en “Fiorentino”.

⁵ En referencia al art. 30 LCT dice Lorenzetti “...Lo que sucede en este caso es que el legislador, por razones de política legislativa tendientes a ampliar la protección del crédito laboral, hace responsables a quienes normalmente no lo son. No los hace responsables porque obren fraudulentamente, sino porque se teme que las empresas que subcontratan parte de sus actividades, lo hagan con insolventes...Se trata entonces de un supuesto de legitimación extraordinaria. Esta técnica debe ser utilizada expresamente y es de interpretación restrictiva”. *Ibidem*. p. 132. Y luego dice “Cuando la ley hace referencia a trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento, alude a un tipo de

Dada la situación creo que habrá que estar atentos. La CSJN pareciera en ambos casos utilizar a su favor los hechos particulares relevados de la causa a fin de argumentar en favor de la doctrina que pretende materializar. La que a mi humilde entender no está aún consolidada. En todo caso, es tarea de la doctrina insistir y profundizar hoy más que nunca en los fundamentos dogmáticos del derecho del trabajo, en su especificidad científica y en la del contrato de trabajo. Que es preciso insistir y crear conciencia acerca del modo debido de interpretar jurídicamente las relaciones de trabajo por cuenta ajena a fin de contestar así una tendencia que postula que el contrato de trabajo es sólo una variedad contractual más y que se rige entonces por los mismos principios que los que rigen a la generalidad de ellos, una ideología que se entiende pretende volver a dominar la escena jurisprudencial tal como lo hizo durante toda la década neoliberal de los 90' y en un contexto actual de intensificación y profundización de las relaciones interempresariales.

Se trata en definitiva y en particular de analizar el art. 30 de la LCT desde una mirada teórica y iusfilosófica amplia y no sólo procurando deducir desde el texto de la norma que es y que no es una actividad normal y específica propia, tarea que entiendo infructuosa.

delegación. Se trata de una actividad que el empresario hace habitualmente, quien dirige, controla y dispone cómo se hace, y decide cederla a otro para que la haga. No se trata de empresas satelitales, sino subordinadas". La comprensión expuesta no puede considerarse restrictiva sino directamente equivocada, la subordinación entre empresas no es una circunstancia de hecho que exige el art. 30 para su aplicación sino que corresponde al art. 31 de la LCT.

II
“HUELGA Y LOCK OUT EN LOS SERVICIOS
ESENCIALES”

TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES EN ARGENTINA

Por Lucas Caparrós*

I.- INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

La discusión que desde antaño gira en torno a quiénes son los sujetos titulares del derecho de huelga, integra el extenso catálogo de debates jurídicos sobre la *libertad sindical*. Al llamado “modelo sindical argentino” no le es ajena aquella discusión; muy lejos de ello, la temática adquiere allí un innegable protagonismo. Es sobre ese particular sistema que abordaré el presente estudio.

La posición que podemos denominar *restrictiva* considera que la titularidad de la huelga se encuentra incorporada al cúmulo de prerrogativas exclusivas que poseen las asociaciones sindicales dotadas de ‘personería gremial’; es decir, aquellas que son consideradas como las “más representativas” en un determinado ámbito o, en caso de ausencia de competencia sindical en ese espacio, “suficientemente representativas”. A la primera teoría, se le enfrenta la postura *amplia*, de una gradación que comienza en la titularidad del derecho en cabeza del trabajador individual, exhibe instancias intermedias sosteniendo que esa titularidad es del *gremio* de trabajadores (en sentido no orgánico), y termina en el entendimiento de que la titularidad de la huelga pertenece a todas las organizaciones sindicales, inclusive a las que sólo poseen personería jurídica, llamadas “simplemente inscriptas”¹.

La titularidad del derecho de huelga no es susceptible, claro está, de ningún tipo de diferenciación en el ámbito de los *servicios esenciales*. Sin embargo, el tema tiene allí, por sus efectos, algunas particularidades, principalmente en lo que atañe a los acuerdos celebrados sobre la prestación de servicios mínimos durante la mentada medida de acción.

II.- PACTO BILATERAL SOBRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS

En la Argentina, la huelga en los *servicios esenciales* se halla regulada en el art. 24 de la ley 25.877, que dispone, en relación a lo que aquí interesa, que “[c]uando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción...”.

* Abogado con orientación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UBA). Docente del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Sección de Jóvenes Juristas de la SIDTSS, “embrión latinoamericano”.

¹ Véase el detalle de la gama de posturas en cuanto al sujeto titular del derecho de huelga en GARCÍA, Héctor Omar, “El derecho de huelga”, en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Julio C. SIMÓN (Dir.) y Leonardo AMBESI (Coord.), Capítulo 26, Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2012, p. 581 y ss., y en MUGNOLO, Juan Pablo, “Tratamiento Jurídico de la Titularidad del Derecho de Huelga en la República Argentina”, Ponencia presentada en el XXº Congreso Mundial: Santiago (Chile), 25-28 de Septiembre de 2012 (<http://islssl.org/es/congresos-mundiales/>).

La manda legal está dirigida a la parte que decida adoptar la medida de acción, pues será ésa la obligada a garantizar la prestación de servicios mínimos. Empero, es deseable, claro, que el modo y el alcance de la prestación de servicios mínimos sean objeto de autoregulación bilateral².

Resulta de vital importancia conocer sobre quiénes recaerán los efectos de un acuerdo celebrado en aquel sentido. Es evidente que esta cuestión pierde relevancia en la concepción restrictiva de la titularidad del derecho de huelga, pues de entenderse que es sólo la asociación sindical dotada de personería gremial la titular del derecho, será también dicha organización la única capacitada para celebrar el pacto tendiente a regular la prestación de los servicios mínimos y, asimismo, regresando al punto de partida, la única legitimada para llevar a cabo una medida de acción que se adecue o no –en este último caso incumpliendo sus obligaciones contractuales- a dicho acuerdo.

Distinto es el análisis que el tópico merece desde la concepción amplia –en cualesquiera de sus matices- de la titularidad del derecho de huelga. En efecto, el interrogante a plantearse puede formularse del siguiente modo: ante **una huelga convocada por un determinado gremio, ¿es aplicable el acuerdo sobre el alcance y modo de prestación de servicios mínimos suscripto por una asociación gremial distinta a la convocante? La respuesta, entiendo, es negativa.**

En Argentina, suele suceder que en los convenios colectivos de trabajo celebrados con carácter general, suscriptos por las asociaciones dotadas de personería gremial, se incluyan cláusulas destinadas a regular el alcance y modo de prestación de servicios mínimos, particularmente sobre actividades calificadas como *servicios esenciales*. Puede citarse como ejemplo la CCT N° 538/2008, celebrado entre la ASOCIACIÓN DEL PERSONAL JERÁRQUICO DEL AGUA Y LA ENERGIA (A.P.J.A.E.), y la FEDERACIÓN DE COOPERATIVAS DE ELECTRICIDAD Y SERVICIOS PÚBLICOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES LIMITADA, que en su art. 46.2 dispone: “*Definición de servicios mínimos. La Comisión Paritaria acordará y dictaminará acerca de las especificaciones de los servicios mínimos que deberán quedar preservados en los términos del Art. 24 de la Ley 25.877 y su Decreto Reglamentario 272/2006*”. La referida Comisión Paritaria se hallará integrada por representantes de las partes signatarias del CCT (art. 44.1)³.

Lo cierto es que una cláusula convencional de ese tipo tiene carácter ‘obligacional’. Expresa BARBAGELATA que “correspondería considerar obligacionales, aquellas cláusulas que imponen prestaciones concretas a una u otra parte del convenio colectivo o a ambas. En tal calidad pueden señalarse, entre las más frecuentes y nítidas, las cláusulas que obligan [...] a la abstención de determinados actos, al sometimiento a árbitros, así como a una amplia variedad de *cláusulas de paz...*”⁴. **Consecuentemente, dicho pacto sólo surte efectos entre las organizaciones contratantes y,**

² Vid. TRIBUZIO, José, “Huelga en los servicios esenciales”, en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Julio C. SIMÓN (Dir.) y Leonardo AMBESI (Coord.), Capítulo 27, Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2012, pp. 822 y 823.

³ Se ha acordado, también, que “*Dado el carácter de servicio público esencial que tiene la actividad de la Cooperativa, los servicios mínimos a prestar por los trabajadores/as, en caso de existir un conflicto de trabajo y/o medidas de acción directa o huelgas de carácter general, sectorial o de empresa, deberán atender las emergencias y/o servicios correctivos que sean necesarios realizar por cada sector.*”

El personal comprendido dentro de este esquema involucra los equipos de trabajo mínimos y esenciales de cada área, los que serán definidos por la CoPAR (Art. 72)” Cfr. CCT N° 1356/2014 “E”, celebrado entre la Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias (F.E.N.T.O.S.) y el Sindicato del Personal de Obras Sanitarias Misiones; y la Cooperativa de Electricidad de Eldorado Limitada.

⁴ Cfr. BARBAGELATA, Héctor Hugo, Contenido de los Convenios Colectivos de Trabajo, en colaboración con J. W. ROSENBAUM y M. GARMENDIA, FCU, Montevideo, 1998, p. 106.

eventualmente, no posee -como sí sucede con las cláusulas normativas- los efectos de carácter general atribuidos al convenio en el que se halle inserto⁵.

Así pues, la huelga (**es una huelga**) convocada por un sujeto distinto al titular del pacto bilateral puede no ajustarse a las regulaciones establecidas en dicho acuerdo, sin que ello afecte la legalidad de la medida de acción, siempre y cuando se cumpla con la obligación de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar la interrupción del *servicio esencial* (art. 24, ley 25.877).

El presente estudio no es inútil, al menos en dos sentidos: a) en Argentina, la posición restrictiva en materia de titularidad del derecho de huelga ha perdido intensidad –seguidamente me abocaré a este punto-; y b) resulta de vital importancia, también, que los sujetos titulares de las relaciones de trabajo conozcan los efectos de los acuerdos celebrados sobre una materia de superlativa trascendencia, como lo es la huelga, que tiene una directa y delicada implicancia en los vínculos individuales.

III.- LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Se observa, a grandes rasgos, que en cuanto a la titularidad del derecho de huelga, en Argentina, la posición *amplia* –en sus distintos grados- ha tenido una importante recepción doctrinal, ganando allí (y hasta hoy) el lugar predominante⁶. Mientras que en la jurisprudencia, hasta hace no mucho, se entiende que prevalecía la tesis *restrictiva*⁷ que, en los últimos tiempos, en general, fue expresada reproduciendo sentencias pretéritas que antes de ahora habían logrado conformar la postura mayoritaria.

Sin embargo, a poco que se estudie el estado actual de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), se advierte la revisión de la postura restrictiva que guiara el criterio imperante en esa Cámara, y el comienzo de un verdadero viraje jurisprudencial que excede con mucho los confines de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en relación al sistema sindical nacional.

El cambio de criterio de algunas de las Salas integrantes de la CNAT es francamente categórico. El traslado que se registra desde una hacia otra tesis –desde la *restringida* hacia la *amplia*- ha sido de extremo a extremo. Desde el entendimiento de la titularidad del derecho de huelga exclusiva de las organizaciones sindicales dotadas de personería gremial, se ha pasado –en sólo algunos tribunales- no ya a admitir la titularidad del derecho de huelga hasta el límite de las asociaciones sindicales “simplemente inscriptas”, sino a pronunciarse todavía más allá, en favor de la titularidad en cabeza de los “gremios” (en sentido no orgánico), y hasta de la titularidad individual del derecho de huelga.

En este escenario cargado de disímiles interpretaciones, resulta de sumo interés estudiar, entonces, cuáles han sido los argumentos de *iure* utilizados en esta nueva línea jurisprudencial; y, asimismo, analizar las distintas posturas sobre la titularidad del

⁵ Sin perjuicio de las críticas que se han realizado respecto de la diferenciación entre ‘cláusulas normativas’ y cláusulas ‘obligacionales’, no puede dudarse de la utilidad didáctica del distingo. “[T]al como sucede con otros conceptos, más útiles por sus fines prácticos que por su definición, no incomoda el distingo del complejo “normativo-obligacional”, sabiendo que –salvo por sus destinatarios-, todas las cláusulas participan de uno y otro aspecto” (Cfr. SIMÓN; Julio C. y AMBESI, Leonardo J., “Huelga El Convenio Colectivo de Trabajo”, en Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Julio C. SIMÓN (Dir.) y Leonardo AMBESI (Coord.), Capítulo 13, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2012, p. 955).

⁶ Cfr. GARCÍA, Héctor Omar, “El derecho de huelga”..., op. cit., p. 590 y ss.

⁷ *Ibidem*.

derecho de huelga a la luz de la hodierna doctrina de la CSJN. Es que los fallos “Orellano c/ C.O.R.A.S.A.”⁸, “Millicay c/ C.O.R.A.S.A.”⁹ y “Juárez c/ Farmacity”¹⁰ han venido a turbar las aguas calmas de la postura jurisprudencial de la CNAT que, pese a los cuestionamientos propiciados por parte de la doctrina, hasta hace muy poco se mantuvo impertérrita.

La nueva tendencia –me adelanto a afirmar- ha sido indudablemente motivada en los fallos de la CSJN en materia de Derecho del Trabajo del último siglo y, en particular, de los célebres precedentes “ATE I” y “Rossi” -que conmovieron al “modelo sindical argentino”-, extremo que se manifiesta tanto en el dato temporal de las nombradas sentencias de la CNAT, como en los fundamentos allí empleados por los magistrados sentenciantes.

IV.- EL FALLO “ORELLANO”

El fallo “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo” (en adelante, “Orellano”), data del 28 de diciembre de 2012 y pertenece a la Sala I de la CNAT.

Allí, el Tribunal sostuvo que la titularidad del derecho de huelga se halla en cabeza del *gremio* de trabajadores, entendido en sentido no orgánico. La Sala judicante, considera, pues, que la titularidad del derecho de huelga es de carácter colectivo –y no individual-; no obstante, prescinde de la vía asociacional como requisito de legitimidad de la medida de acción.

IV.1.- Legitimidad de la huelga titularizada por el “gremio”

El Tribunal, como expresé, descarta, sin más, la titularidad individual del derecho de huelga¹¹. Luego, concluye que el sujeto titular del derecho de huelga es el *gremio* de trabajadores, como simple “pluralidad concertada” –en los términos del fallo-. La Sala funda su criterio en que: “...*la C.S.J.N. consideró inadmisibile la necesidad de una afiliación a una asociación sindical con personería gremial para ejercer la representación de los trabajadores. Dicha interpretación se proyecta en forma clara sobre el sujeto del derecho de huelga, porque de no seguir dicho criterio el grupo colectivo estaría obligado a afiliarse a un sindicato para poder ejercer el medio de presión que cuenta con protección constitucional*”¹².

⁸ “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”, 28/12/2012, CNAT, Sala I, La Ley Online, AR/JUR/74970/2012.

⁹ “Millicay, Domingo Esteban c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ despido”, 16/12/2013, CNAT, Sala VII, Rubinzal Online, RC J 1279/14.

¹⁰ “Juárez, Juan Pablo c/ Farmacity S.A. s/ juicio sumarísimo”, 13/11/2008, CNAT, Sala VI, Rubinzal Online, RC J 2439/09.

¹¹ “Con relación al sujeto activo del derecho de huelga, cabe señalar que la polémica gira en torno al término “gremio”. Participo de la postura que la titularidad concierne al grupo de trabajadores de la actividad u oficio, unidos por una causa y no a ellos como sujetos individuales. O sea, lo colectivo subyace en lo que respecta al sujeto del derecho de huelga, más allá de que exista una decisión individual que debe materializarse en el intento de concertar la medida de acción directa” (*Cfr.* considerando 2º, primer párrafo, del fallo en análisis).

¹² Este argumento y, en general, el análisis que se realiza en la sentencia respecto a la titularidad del derecho de huelga, se advierte capturado del estudio realizado por el Fiscal General del Trabajo, Eduardo ÁLVAREZ, en varias de sus publicaciones científicas (*Vid.* “Reflexiones críticas sobre el sujeto del Derecho de Huelga”, DT 2010 (junio), 1373, entre otras) y en lo que ha sido el dictamen fiscal al que la Sentenciante se remite.

Al respecto, podría sostenerse que el sustento empleado no logra por sí solo desvirtuar el requisito asociacional que algunos autores consideran indispensable para titularizar el derecho de huelga¹³. Surge de la cita realizada en la sentencia que la CSJN se refiere al requisito de la afiliación a un sindicato que ostente la personería gremial, pero de ello no se colige terminantemente la prescindencia de la obligación de afiliación a una asociación sindical¹⁴.

IV.2.- Legitimidad de la huelga titularizada por los llamados “sindicatos simplemente inscriptos”

Luego de referirse al extremo al que hiciera mención en el apartado anterior, el Tribunal analizó la legitimidad de los llamados sindicatos *simplemente inscriptos* para titularizar la medida de acción. Va de suyo que, atento el reconocimiento de la legitimación del sujeto colectivo no orgánico, en este supuesto la Sala se expidió, también, en sentido positivo.

El primer elemento fundante de dicho juicio es la jerarquía constitucional del Convenio N° 87 OIT, de la que la Sala I da cuenta remitiéndose al examen realizado por la CSJN en el fallo "ATE I"¹⁵.

Luego, la Judicante invoca la observación que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) le hiciera al Estado argentino, en la que dicho órgano expresó que "*la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene privilegios que excedan de la prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales*". El Tribunal afirmó, pues, que "*El derecho de huelga no está incluido entre las prerrogativas de marras y, por lo tanto sería lesivo de la libertad sindical prevista en el convenio N° 87 de la OIT un criterio interpretativo que implicara considerar que únicamente el sindicato "más representativo" es el titular de un derecho tan relevante para los trabajadores, como lo es el derecho de huelga*"¹⁶.

Finalmente, la Sentenciante sostuvo que el derecho de huelga se halla reconocido dentro de los derechos que la ley 23.551 (LAS) le confiere a todas las asociaciones sindicales (art. 5°, inc. d), y que aquél no integra las prerrogativas exclusivas que la ley citada, en su art. 31, le asigna a las asociaciones dotadas de personería gremial. Es por

¹³ No cabe arribar a la misma conclusión respecto del análisis efectuado por Eduardo ÁLVAREZ (citado en la nota anterior), quien sustenta esta postura a través de su teoría “variable y dinámica del sujeto del conflicto”, distinguiendo distintos supuestos de hecho y concluyendo que la titularidad del derecho de huelga es versátil. Vale entonces la remisión efectuada en el fallo al dictamen del Fiscal General (Cfr. considerando 2°, último párrafo, del fallo en estudio).

¹⁴ Lo dicho sobre este punto no implica emitir juicio sobre la conveniencia de una u otra postura.

¹⁵ “*la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de Asociaciones sindicales" del 11/11/08, (Fallos 331:2499), afirmó que el convenio n° 87 de la OIT tiene rango superior a las leyes y que la interpretación de la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y Recomendaciones es vinculante para el Derecho Nacional tanto como lo puede ser "el texto mismo del convenio", instrumento que al haber sido incorporado mediante el art.75 inc.22 de la Constitución Nacional "... al texto constitucional por la vía de la jerarquización a ese nivel supremo del ordenamiento jurídico de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo, aprobado en Nueva York en el seno de las Naciones Unidas, ratificado por nuestro país por la ley 23.313...", tal inclusión presenta una firmeza más contundente en orden a "...la necesaria confrontación de las leyes en vigor con esas disposiciones de rango superior"* (considerando 2°, párr. 3°, del fallo en estudio).

¹⁶ Considerando 2°, párr. 4°, del fallo analizado.

ello, dice el Tribunal, que “no podría entenderse que las medidas de acción directa son exclusivas de la asociación con personería gremial”¹⁷.

V.- LOS FALLOS “MILLICAY” Y “JUÁREZ C/ FARMACITY”

Los fallos del epígrafe -“Millicay, Domingo Esteban c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ despido” (en adelante, “Millicay”), de fecha 16 de diciembre de 2013, dictado por la Sala VII de la CNAT; y “Juárez, Juan Pablo c/ Farmacity S.A. s/ juicio sumarísimo” (en lo sucesivo, “Juárez c/ Farmacity”), pronunciado por la Sala VI de la misma Cámara, el día 13 de noviembre de 2008- no sólo se han apartado del criterio tradicional de la CNAT, sino que, además, se enlistan en el extremo opuesto de la postura restrictiva sobre la titularidad del derecho de huelga o, lo que es lo mismo, avalan la posición más amplia sobre la materia. Así pues, en ambas sentencias se ha sostenido que la titularidad del derecho de huelga es de carácter individual, sin perjuicio del carácter colectivo del ejercicio de la medida de acción.

Por cuestiones de claridad y economía expositiva me referiré seguidamente a los argumentos vertidos en el fallo “Millicay”, por ser el más cercano en el tiempo y, asimismo, puesto que, aún con identidad de fundamentos, en “Millacay” se advierte un desarrollo argumental algo más extenso –y, quizá, profundo- que el realizado en el fallo “Juárez c/ Farmacity”¹⁸.

V.1.- La titularidad individual del derecho de huelga

El fundamento de la postura sostenida por ambas Salas estriba en que “...conforme lo establecido por la Declaración Sociolaboral del Mercosur en su art. 11, el derecho de huelga queda garantizado a "todos los trabajadores", lo que implica reconocer que el sujeto del derecho de huelga son los trabajadores, aún cuando se trate de un derecho de ejercicio colectivo”.

En primer término, es menester aclarar que si bien es cierto que en ambos fallos se hace referencia a la titularidad del derecho de huelga en cabeza de “todos los trabajadores” –en plural-, el pronunciamiento en favor de la titularidad individual queda despejado de dudas cuando el Tribunal expresa que el carácter colectivo del derecho queda restringido no a su titularidad, sino a su ejercicio.

En segundo lugar, no debe soslayarse que el apoyo normativo empleado en ambos fallos radica en la *Declaración Sociolaboral del Mercosur*, del 10 de diciembre de 1998, cuya eficacia jurídica ha sido puesta en cuestión por parte de la doctrina¹⁹. No obstante, en “Millacay”, el Tribunal recuerda que la Declaración “...ha sido referenciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al emitir el fallo en el precedente “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, según se desprende del considerando 12 del voto de la mayoría, lo que demuestra la eficacia jurídica de la misma como parte del denominado “jus cogens”²⁰.

¹⁷ Considerando 2º, párr. 5º, del fallo en estudio.

¹⁸ No es ocioso aclarar que el primer voto de ambas sentencias fue realizado por la misma vocal, Beatriz FONTANA.

¹⁹ Por el contrario, sostiene SIMÓN que el art. 11º de la Declaración es perfectamente operativo, tanto como lo es el art. 14 bis de nuestra CN (Cfr. SIMÓN, Julio César, “Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, con especial referencia a la Argentina”, en *Eficacia Jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*, OIT, 2002 (1ª ed.), Uruguay, p. 44).

²⁰ Es menester destacar, también, que en el segundo voto del fallo, el Juez RODRÍGUEZ BRUNENGO sostuvo que el derecho de huelga es un derecho natural de los trabajadores.

V.2.- La titularidad en cabeza del “gremio”

Sin perjuicio de lo antedicho, en ambos fallos se rechaza la titularidad del derecho de huelga como prerrogativa exclusiva de los sindicatos dotados de personería gremial y se prescinde, también, de la vía asociacional como requisito de legalidad de la huelga. Es decir que se colige de ambas sentencias -según el criterio de los respectivos Tribunales- que, aún rechazándose la titularidad individual, el derecho de huelga es, cuando menos, de titularidad del gremio en sentido no orgánico.

A ese respecto, en el fallo “Millacay” se efectúa un análisis sobre el alcance del vocablo “gremios” del art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional –tópico que, como es sabido, es aún merecedor de grandes debates-, concluyendo que la acepción de la palabra inserta en la manda constitucional no debe ser entendida en sentido orgánico, y resaltando que esa interpretación se halla “...en total sintonía con lo que se desprende de los derechos de la libertad sindical reconocidos en Tratados internacionales y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que deben considerarse como parte de la normativa constitucional o de jerarquía supralegal, conforme lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 Const. Nacional”.

VI.- OTROS ANTECEDENTES DE LA CNAT Y DE LA SCBA

La línea jurisprudencial de la CNAT que vengo de analizar no ha encontrado su primera manifestación en los fallos precitados. Entre otros tantos precedentes²¹, en la sentencia dictada en los autos “Chanca, Hilda c/ Proveeduría para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ despido”, de fecha 28 de abril de 1994, la Sala VI sostuvo que “La Constitución Nacional (art. 14 bis) establece el derecho de huelga en los trabajadores como tales y no en las asociaciones sindicales. A partir de allí, cabe recordar que en la historia jurídica laboral no existe ninguna norma que haya atribuido el ejercicio del mencionado derecho solamente a los sindicatos. Siendo así, una huelga no declarada sindicalmente no puede funcionar como presupuesto del despido de la trabajadora por haber participado en ella”²², y que “El argumento acerca de la ilegitimidad de la medida de fuerza por no haber sido declarada o patrocinada por un sindicato, no es válido, más si se ha constatado en el caso concreto la inexistencia de un sindicato con aptitud para representar a los trabajadores que trabajaban para la demandada en la época de los acontecimientos, quienes, de resolverse lo contrario, quedarían privados de una medida de autotutela que la Constitución reconoce”²³.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) registra antecedentes enlistados en la postura amplia en materia de titularidad del derecho de huelga²⁴. En el conocido fallo dictado en la causa “Leiva, Horacio y otros c/ Swift Armour S.A.”, de fecha 6 de julio de 1984, dicha Corte entendió que “...[d]e los debates en la convención Constituyente de 1957 y de lo expuesto por el miembro informante de la comisión pertinente, surge que el derecho de huelga puede ser ejercido por una pluralidad de trabajadores unidos por el hecho de pertenecer al

²¹ CNAT, Sala IV, 16/11/1964 (La Ley, 116-751; JA, 1965-II-388); ídem, 31/05/1977 (DT, 1977-791); Sala II, 29/06/1965 (La Ley, 199-798); recopilación de Héctor GARCÍA, en “El derecho de huelga”..., op. cit., p. 612, nota N° 402.

²² Cfr. voto del Juez CAPÓN FILAS, “Chanca, Hilda c/ Proveeduría para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ despido”, 28/04/1994, CNAT, Sala VI, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab, RC J 148/96.

²³ Cfr. voto del Juez MORANDO, fallo citado en la nota anterior.

²⁴ Cfr. GARCÍA, Héctor, “El derecho de huelga”..., op. cit., p. 611.

mismo gremio, sin que su titularidad corresponda sólo al sindicato o asociación profesional...”.

Sin embargo, el criterio sostenido en el fallo “Leiva” fue posteriormente revertido por la SCBA, invocando la excepcionalidad de aquella resolución en virtud de la prohibición de la actividad sindical dispuesta durante la última dictadura militar que sufriera nuestro país²⁵.

VII.- LA POSTURA RESTRICTIVA DE LA CNAT A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA CSJN

El incipiente viraje jurisprudencial merece un repaso de la postura tradicional adoptada mayoritariamente por la CNAT.

En los capítulos siguientes procuraré señalar cuáles fueron (y aún son) los fundamentos de aquella posición y qué relación guardan con la actual jurisprudencia de la CSJN, vinculada al tema en estudio.

VII.1.- El criterio clásico de la CNAT en el fallo “Zabaglia”

La jurisprudencia de la CNAT que sistemáticamente se enroló en la posición *restrictiva* de la titularidad del derecho de huelga es de antigua data²⁶. Las sentencias de esa Cámara más cercanas en el tiempo, que no se apartaron del criterio clásico, han sido, generalmente, el producto de repeticiones estáticas de aquella jurisprudencia mayoritaria²⁷. Empero, existen excepciones –por su desarrollo argumental-, entre las que se destaca el fallo de la Sala II dictado en los autos “Zavaglia, Gustavo Martín c/ Artes Gráficas Rioplatenses S.A. s/ despido”²⁸ (en adelante, “Zavaglia”).

El desarrollo argumental realizado en “Zabaglia”, en relación a la titularidad del derecho de huelga, no sólo reavivó la posición tradicional de la CNAT en la materia, sino que introdujo elementos de actualidad que revitalizaron el debate. No obstante, vale aclararlo, su aparición es anterior a los renombrados fallos de la CSJN que, a partir del

²⁵ Cfr. “Mansilla, Ernesto E. c/. Piero S. A.”, SCBA, 27/10/1992, AR/JUR/1930/1992 y “Duarte, Roberto c/ Nodulfer Berisso S. R. L.”, SCBA, 26/07/1994, AR/JUR/12/1994.

²⁶ Vid. análisis de la jurisprudencia de la CNAT en GARCÍA, Héctor Omar, “El derecho de huelga”..., op. cit., pp. 611 y 612.

²⁷ Tanto es así que en la sentencia dictada en los autos “Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A.” (28/12/2012, DT 2013 (mayo), 1025, Cita Online: AR/JUR/75569/2012), la Sala IV de la CNAT -en el voto preopinante- entendió que: “...en la jurisprudencia de esta Cámara es “claramente mayoritario” el criterio que postula la exclusividad del derecho de huelga en cabeza de las asociaciones sindicales con personería gremial, de lo que se seguiría la ilegalidad de las medidas adoptadas por las comisiones internas (cfr. García, Héctor O., en “Tratado de derecho colectivo del trabajo” dirigido por Julio C. Simón, La Ley, Bs. As., 2012, t. II, págs.. 610/611 y fallos allí citados).

Por otra parte, el trabajo a desgano (modalidad de acción directa adoptada en el caso en asamblea a partir del 13 de mayo de 2009) también ha sido considerada por la jurisprudencia como una medida ilegítima (cfr. los fallos citados por Etala, Carlos A., “Derecho colectivo del trabajo”, Astrea, Bs. As., 2007, p. 418, y por Núñez, Mariano, en “Tratado de derecho del trabajo” dirigido por Mario E. Áckerman, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VIII, p. 778).

Si bien reconozco la opinabilidad de estas cuestiones (y personalmente me siento inclinado a adoptar un criterio de mayor amplitud tanto respecto de la titularidad del derecho de huelga como respecto de las modalidades de su ejercicio), lo cierto es que, la demandada, al despedir al actor, ajustó su conducta a la jurisprudencia mayoritaria, que, como vimos, considera ilegítimas las huelgas adoptadas por un grupo de trabajadores que no constituyan una organización gremial, como así también las medidas de fuerza consistentes en trabajo a desgano”.

²⁸ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, 20/07/2007, Publicado en: IMP2007-19 (Octubre), 1837 - TySS 2007, 777, Cita Online: AR/JUR/4318/2007.

año 2008 y producto de distintas declaraciones de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la ley 23.551, provocaron importantes fisuras en el “modelo sindical argentino”.

¿Cuáles fueron, entonces, los argumentos empleados en el fallo “Zavaglia”?

En primer lugar, la Sala sentenciante le asigna un criterio asociacional al término “organización” utilizado en el Convenio N° 87 OIT, rechazando así lo que parte de la doctrina contrariamente ha sostenido. Para ello, se basa en que el art. 3.1 del mencionado Convenio reconoce a “*las organizaciones de trabajadores y de empleadores*” los derechos “*de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción*”²⁹. Pese a que no surge expresamente del argumento utilizado, pareciera que la Sala ha entendido que esos derechos reconocidos en el citado art. 3.1 son, además, obligaciones de las organizaciones de trabajadores y empleadores, lo que derivaría en la concepción asociacional de la “organización”.

Luego, el Tribunal consideró que nuestra legislación interna “*única aplicable hasta la entrada en vigencia del nuevo orden establecido merced a la reforma constitucional de 1994— sólo confería ese arma de lucha para la defensa y promoción de los intereses profesionales de los trabajadores a los gremios, es decir a las asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial*”, puesto que así lo disponían (y lo disponen) las leyes que en ese punto reglamentaron el art. 14 bis de la CN³⁰.

Agrega la Sala judicante que el vocablo “gremios” de la manda constitucional “*de ninguna manera admite sostener, con sometimiento al texto sancionado por la Convención Constituyente, una titularidad individual o plurindividual del derecho de huelga*”, por oposición a la titularidad sindical³¹.

El Tribunal se funda, también, en que “*la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha puntualizado que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87*”³².

La Sentenciante afirma que “*la tesis de la legitimación singular del derecho de huelga resulta por añadidura contraria a la paz social y a una civilizada gestión de los intereses en juego*”³³, para luego traer a colación que “*el art. 22 de la Constitución Nacional dispone como uno de los pilares pétreos de la organización nacional que nadie delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades constituidas, más allá de las crisis de representatividad que la sociedad pueda padecer [...] de igual modo, el ejercicio de medidas tan graves como son las de acción directa, que transitan las fronteras de la juridicidad y muchas veces se adentran en territorios ya no regidos por el derecho social, deben quedar reservadas a organizaciones formalmente representativas, conforme la ley y la voluntad de los representados, con capacidad, racionalidad y responsabilidad suficiente para la toma de decisiones tan relevantes, las que adoptarán mediante los procedimientos que establezcan en sus estatutos o pacten colectivamente*”³⁴. Sobre este punto, es importante recordar lo que el precepto constitucional dispone: “*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de*

²⁹ Considerando II. e), párr. 3°, del fallo analizado.

³⁰ Considerando II. e), párr. 4°, 5° y 6°, del fallo en estudio.

³¹ Considerando II. e), párr. 7° y 8°, de la sentencia citada.

³² Considerando II. e), párr. 9°, del fallo analizado.

³³ Considerando II. e), párr. 11°, del fallo estudiado.

³⁴ Considerando II. e), párr. 12°, del fallo citado.

éste, comete delito de sedición". Este argumento resulta cuando menos peligroso, pues podría entenderse que el Tribunal **ha asimilado la organización sindical a un sujeto de derecho público**.

La aseveración quizá más controversial del mentado fallo es la estimación de ilegalidad de la huelga proclamada por quienes no tienen facultades (reconocidas por las leyes reglamentarias de la manda constitucional) para negociar colectivamente, es decir, por cualquier organización que no se halle dotada de personería gremial en el ámbito personal y territorial de que se trate, y puesto que la huelga –según se desprende de la sentencia– es sólo el medio para arribar a un convenio colectivo de trabajo, en los términos de la ley 14.250³⁵. Sin embargo, se ha dicho que otras organizaciones de trabajadores –distintas al sindicato titular de la personería gremial– celebran, en efecto, convenciones colectivas de trabajo que no se encuentran abarcadas por las previsiones de la ley 14.250³⁶. También se ha expresado que la huelga no siempre persigue la celebración de un acuerdo colectivo³⁷.

Finalmente, el Tribunal recuerda que *“el art. 24 de la ley 25.877 expresamente remite a los principios y criterios de los órganos de control de la OIT, principios que [...] parecen reconocer legitimidad para tomar medidas de acción directa a toda organización representativa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, lo que convalida esta línea de pensamiento. Y así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical, cuando ha dicho que [...] “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”³⁸*.

En el fallo analizado se manifiesta una reiteración del criterio restrictivo tradicional

³⁵ Expresa la Sala II que *“en nuestro modelo constitucional y legal, las medidas de acción directa resultan un derecho colectivo concedido exclusivamente a las organizaciones representativas de los trabajadores y para la protección de los derechos e intereses profesionales.*

Por otra parte, la huelga no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento del derecho social en el plano colectivo para servir el objetivo de la negociación colectiva y la búsqueda de la auto composición de los conflictos colectivos.

Nuestro derecho nacional no reconoce a la huelga como método de presión para solventar conflictos de intereses individuales ni plurindividuales, por lo que no puede estar en manos de grupos de trabajadores sino de las organizaciones a las que las leyes vigentes, según un modelo debatible pero legislativamente consensuado, le encargan conducir la negociación y solución de los conflictos respecto de los cuales el derecho de huelga es medio instrumental.

Por eso [...] las medidas de acción directa tomadas por quienes no reúnen la calidad de organizaciones representativas de los intereses profesionales de los trabajadores son actos ilegítimos calificables en el plano contractual como incumplimientos generadores de las respectivas responsabilidades” (Cfr. Considerando II. e), párr. 14° y ss., del fallo citado).

³⁶ Explica CARO FIGUEROA que *“el ordenamiento jurídico argentino vigente ignora, subestima u obstaculiza los acuerdos colectivos que ponen fin a [cierto] tipo de huelgas. En términos generales, puede decirse que la doctrina científica y la jurisprudencia no abordaron hasta ahora este fenómeno de creciente difusión y que, por tanto, los acuerdos colectivos firmados por organizaciones alternativas al sindicato único permanecen en una especie de limbo jurídico. Si bien pienso que tales Acuerdos colectivos están alcanzados por la garantía del artículo 14 bis y de los Convenios internacionales en la materia, no se me escapa que hace falta un desarrollo teórico, legislativo y jurisprudencial que, al menos, se pronuncien sobre su fuerza vinculante, su eficacia (general o limitada) y sobre la solución de los conflictos de concurrencia y sucesión con las normas colectivas de eficacia general que caracterizan el hasta aquí hegemónico y anticonstitucional modelo unitario de negociación colectiva”* (cfr. CARO FIGUEROA, José A., “La negociación colectiva. Unitarismo y pluralismo en las relaciones laborales”, 15/08/2013, 1 - LA LEY2013-D, 1229 - DT2013 (noviembre), 2797).

³⁷ Vid. GARCÍA, Héctor O., “El derecho de huelga”, op. cit.; ALVAEREZ, Eduardo, “Reflexiones críticas...”, op. cit.; MUGNOLO, Juan Pablo, “Titularidad del derecho de huelga”, Revista de DLYSS, N° 7 (abril 2008); entre otros.

³⁸ Considerando II. e), *in fine*, de la sentencia analizada.

de la CNAT, empero –a diferencia del resto de las sentencias enlistadas en dicha postura- se deja abierta la puerta al debate sobre la titularidad del derecho de huelga, siempre dentro de los límites de la organización sindical.

VII.2.- La jurisprudencia de la CSJN

La CSJN no se ha expedido específicamente sobre la titularidad del derecho de huelga; apenas se ha referido de modo tangencial a dicha medida de acción³⁹.

A partir del año 2008, nuestro Máximo Tribunal se pronunció sobre algunas cuestiones vinculadas al “modelo sindical” nacional que, sin duda, se hallan íntimamente relacionadas con la titularidad del derecho de huelga. Me refiero a dos renombradas sentencias, ampliamente estudiadas por la doctrina de nuestra materia: “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”⁴⁰ (en adelante, “ATE I”) y “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina”⁴¹ (en lo sucesivo, “Rossi”). A ambos fallos se le suma otro reciente, dictado también por la CSJN (“Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”⁴²; en adelante “ATE II”).

VII.2.a) *Implicancia del fallo “ATE I”*

El Supremo Tribunal argentino, al efectuar el control constitucional del art. 41, inc. a), de la ley 23.551 de asociaciones sindicales (LAS), marcó –a mi juicio- un rumbo bien distinto al de la postura tradicional de la CNAT respecto a la titularidad del derecho de huelga.

En este sentido, la Corte expresó que “**La libertad de asociación en “materia laboral” [...] como también lo ha entendido el tribunal interamericano, radica “básicamente”, en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de “poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”** (Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-2-2001, Serie C No. 72, párr. 156). En todo caso, son dos dimensiones que “deben ser garantizadas simultáneamente”, puesto que “[l]a libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga” (Huilca Tecse vs. Perú, cit., párrs. 70 y 72)”⁴³.

Reconoció, también, “la libertad para los sindicatos, con el propósito de que puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que les son propias: **la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical**”⁴⁴.

En un pasaje sistemáticamente citado por la doctrina y la jurisprudencia *iustlaboralista*, la CSJN evoca que “la Comisión de Expertos ha “recordado” al Estado

³⁹ Vid. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Las Instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional”, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, Ed. La Ley: 1998, Buenos Aires, p. 68 y ss., y MUGNOLO, Juan Pablo, “Tratamiento Jurídico de la Titularidad...”, op. cit., pp. 7 y 8.

⁴⁰ CSJN, 11/11/2008, Fallo: 331:2499, Cita online (La Ley): AR/JUR/10649/2008.

⁴¹ CSJN, 09/12/2009, Fallo: 332:2715, Cita online (La Ley): AR/JUR/45472/2009.

⁴² CSJN, 18/06/2013, S.C.A. N° 598, L. XLIII, Publicado en: LA LEY 03/07/2013, 6, Cita Online: AR/JUR/22557/2013.

⁴³ Cfr. Considerando 6° del fallo “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, cit. en nota N° 20 de este trabajo.

⁴⁴ *Ibid.*, Considerando 7°).

argentino, "que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales" (Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Argentina (ratificación: 1960), 2008)⁴⁵.

"En otras palabras, la distinción no debería "privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87" (Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, OIT, 4^a ed. revisada, 1996, párr. 309)⁴⁶.

A mayor abundamiento, y como, entre otros, oportunamente lo señalara Eduardo ÁLVAREZ, "el Alto Tribunal considera inadmisibles la necesidad de una afiliación a una asociación sindical con personería gremial para poder ejercer la representación de los trabajadores y, esta interpretación, que compartimos, se proyecta de una manera clara sobre el sujeto del derecho de huelga..."⁴⁷.

Finalmente, como afirma VON POTOBSKY, la CSJN "que tradicionalmente ha mantenido sus distancias frente a los convenios de la OIT, cambió radicalmente su posición al respecto en el citado fallo "ATE c/Ministerio de Trabajo", no sólo en lo que concierne a las citas del Convenio n° 87, sino sobre todo de su interpretación por los órganos de control de la OIT. La Corte ha ampliado así una tendencia iniciada ya anteriormente con respecto a otros instrumentos internacionales, y en especial los mencionados Pactos de las Naciones Unidas"⁴⁸. Así, pues, ha quedado claro, ahora también respecto de los convenios de la OIT, que la aplicación de los instrumentos internacionales "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, CN), se traduce en la interpretación que de ellos han hecho los órganos de control en el ámbito internacional⁴⁹.

VII.2.b) *El derecho de huelga como "programa de acción" y "medio esencial de defensa" según los órganos de control de la OIT*

Si bien es cierto que la CSJN a través de la sentencia estudiada anteriormente no procuró expedirse directamente sobre la titularidad del derecho de huelga, no caben dudas de que sí lo hizo de modo indirecto, y ¡vaya si lo hizo!

Surge de los fragmentos del fallo "ATE I" transcritos en el acápite anterior, que el Máximo Tribunal reconoce a todas las asociaciones sindicales (y no sólo a las que están dotadas de personería gremial) los derechos de formular y poner en marcha su **programa de acción**, agregando que no pueden verse privadas **de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros**.

Los órganos de control de la OIT, cuya interpretación de los convenios internacionales debe aplicarse junto a dichos instrumentos, han dicho hasta el hartazgo que "**la expresión <<programa de acción>> incluye la huelga**" y que "**el derecho de huelga es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus**

⁴⁵ *Ibid.*, Considerando 8°).

⁴⁶ *Ibid.* Todos los 'destacados' de las transcripciones del citado fallo "ATE", me pertenecen.

⁴⁷ Cfr. ÁLVAREZ, Eduardo, "Reflexiones críticas...", op. cit.

⁴⁸ Cfr. VON POTOBSKY, Geraldo, "Norma internacional y derecho colectivo del trabajo", DT2010 (febrero), 229.

⁴⁹ *Vid. Ibid.*

*organizaciones para fomentar sus intereses económicos y sociales*⁵⁰. “El reconocimiento de ese derecho [de huelga] se ha fundado en el art. 3 del convenio 87, que dispone que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho “de organizar sus actividades y formular su programa de acción”. A su vez, como lo ha recordado la CEACR, si bien el derecho de huelga no figura expresamente en la Constitución de la OIT ni en la Declaración de Filadelfia, y tampoco está específicamente reconocido en los convenios 87 y 98, parece darse por sentado en el informe elaborado para la primera discusión del convenio 87. El derecho de huelga es mencionado en numerosas ocasiones en la parte del informe que contiene una descripción de la historia del problema de la libertad sindical e indica el contexto del examen de la legislación y de la práctica”⁵¹.

“Los órganos de control de la OIT han considerado siempre que el derecho colectivo a parar colectivamente de trabajar necesariamente surge de los artículos del Convenio N° 87 que legitima a los sindicatos para formular sus programas y organizar sus actividades”⁵².

No puede soslayarse, sin embargo, el intrincado debate que sobre el derecho de huelga se viene dando en el marco de la OIT, en dos sentidos: el ataque a la facultad interpretativa de la CEACR, y la revisión sobre el entendimiento del derecho de huelga como incorporado al “plan de acción” al que hace referencia el Convenio N° 87.

De todas formas, es indudable, insisto, que lo que la CSJN ha expresado en el fallo “ATE I” se da de bruces con la posición clásica y restrictiva de la CNAT en cuanto a la titularidad del derecho de huelga, la que –para la mayor inteligencia del lector- debe reconocerse en la sentencia “Zavaglia”.

VII.2.c) *Lo que aporta el fallo “ROSSI”*

En la sentencia del caso “Rossi”, la Corte reiteró todo lo que ya expresara en el fallo “ATE I”. Empero, y en lo que a este trabajo importa, la ministra Carmen ARGIBAY, en su voto particular, afirmó: “**El derecho a organizarse, reconocido a los trabajadores en el primer párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, debe ser entendido como el derecho a establecer organizaciones sindicales que puedan llevar a cabo las acciones garantizadas en la segunda parte de dicha disposición tales como: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga**”⁵³ (los destacados me pertenecen) y que esos derechos le están garantizados a todos los gremios⁵⁴.

Si alguna duda cupiese en cuanto a si nuestro Alto Tribunal ha entendido que la titularidad del derecho de huelga corresponde, cuando menos, a todas las organizaciones sindicales (sin excepción), en el fallo “Rossi” –aunque mediante un voto particular- se agrega un elemento que abona esta interpretación. No obstante, considero que el desarrollo realizado por la Corte en la sentencia “ATE I” es hartamente suficiente para comprender su postura respecto a la titularidad del derecho de huelga, que se advierte palmariamente opuesta a la posición *restrictiva* expresada en la mayoría de la jurisprudencia de la CNAT. En realidad, basta para comprender que la CSJN entiende

⁵⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, Informe III (parte 4B), CEACR, en *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1ª Ed. 1994, párr. 148, p. 70.

⁵¹ Cfr. BRONSTEIN, Arturo, *Derecho Internacional del Trabajo: Aplicación del derecho internacional en el ámbito nacional*, Ed. Astrea, Buenos Aires – Bogotá: 2013, p. 184.

⁵² Cfr. SERVAIS, Jean-Michel, *Derecho Internacional del Trabajo*, Ed. Heliasta, Buenos Aires: 2011, p. 118.

⁵³ Considerando 6º), del voto de la ministra Carmen M. ARGIBAY.

⁵⁴ *Ibidem*, considerando 7º).

que la huelga es un derecho de todas las asociaciones sindicales (y no sólo de las “más representativas”), pero no para concluir la prescindencia de la vía asociacional, pues dicho Tribunal nada ha expresado aún en relación al resto de los sujetos potencialmente capaces de ser titulares de aquel derecho.

VII.2.d) *El nuevo fallo de la CSJN “ATE II” y su relación con el sujeto colectivo de la huelga*

El reciente fallo “ATE II” tiene, también, una superlativa injerencia en la determinación del sujeto colectivo titular de la huelga.

En dicha causa, la CSJN declaró inconstitucional el art. 31, inc. a), de la LAS, que dispone como prerrogativa exclusiva de las asociaciones sindicales dotadas de personería gremial: “*Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores*”.

En ese sentido, la Corte nuevamente fundó su postura reiterando los argumentos esgrimidos en los fallos “ATE I” y “Rossi”, recordando, una vez más, que no son admisibles los privilegios otorgados a las asociaciones sindicales “más representativas” que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta por las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales.

El que nuestro Máximo Tribunal haya entendido que el derecho exclusivo de los sindicatos con personería gremial de “*Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores*” (art. 31, inc. a), LAS) es repugnante a la Constitución Nacional y a las normas internacionales, desbarata aquel argumento basado en el citado art. 31, inc. a), que la CNAT empleó para sostener la tesis *restrictiva* de la titularidad del derecho de huelga.

Me es inevitable recordar lo que MUGNOLO anticipó hace algo más de tres años: “*La fuerza descendente ejercida desde el máximo tribunal hacia las instancias judiciales inferiores, avanza sobre el despojamiento de los componentes que convierten al régimen sindical argentino en objeto de reproche internacional y judicial, deconstruyendo el monopolio sindical y permitiendo la configuración de un modelo de sindicato más representativo compatible con la Constitución Nacional y las normas internacionales [...] La deconstrucción ha comenzado y las fuerzas que la motorizan, tanto ascendente como descendente, bien podrán variar su intensidad pero ya no pareciera que vayan a detenerse*”⁵⁵.

VIII.- REFLEXIONES FINALES

La difícil tarea de reflejar tendencias jurisprudenciales estriba –en parte– en la composición variable de los órganos judiciales avocados a interpretar el derecho. Pongo en cuestión, pues, la adjetivación como *mayorías-minorías* de criterios judiciales, al menos en cuanto a su perennidad y sobre algunas materias de más amplio espectro interpretativo.

La seguridad jurídica –profundamente deseable– atraviesa necesarios y constantes estadios de ausencia como, quizá, acontece ahora en relación a la titularidad del derecho de huelga. Son estos los momentos en donde debiera tornarse ineludible la revisión de aquellas valoraciones sometidas a discrepancias.

El nuevo rumbo que nuestra CSJN –en su más reciente composición– ha marcado

⁵⁵ Cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, “*Deconstrucción del monopolio sindical*”, DT2012 (enero), 3477.

en cuanto a la receptación de una postura *amplia* (al menos en sentido orgánico) del sujeto titular del derecho de huelga, ya ha tenido su correlato en la jurisprudencia de la CNAT, el que se advierte en las sentencias “Orellano”, “Millacay” y “Juárez c/ Farmacity”.

Habrá que estar atentos a un posible viraje jurisprudencial, más intenso que el que he exhibido, en razón del virtual efecto vinculante que los órganos judiciales le asignan a la doctrina del Alto Tribunal.

La titularidad del derecho de huelga, en cuanto a sus efectos, adquiere algunas particularidades en lo que a los *servicios esenciales* se refiere. Los cambios que han operado en la jurisprudencia argentina podrían generar desconcierto en los sujetos titulares de las relaciones de trabajo, que han conducido sus vínculos en base a las pautas que, ahora, han experimentado alguna variación. El ejercicio del derecho de huelga repercute de modo significativo en los distintos aspectos, individual y colectivo, de las relaciones de trabajo. De allí la importancia de que aquellos sujetos conozcan las reglas que habrán de regir sus vínculos y que serán las que determinen el carácter regular o irregular del ejercicio de sus derechos.

TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA¹

Por Juan Pablo Mugnolo

¿Titularidad individual o colectiva? Es el ejercicio...

El artículo 14 Bis de la Constitución Nacional constituye el mandato originario continente del Derecho de Huelga. Dicho precepto que garantiza a los gremios el derecho de huelga ha suscitado diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que hasta el día de hoy genera ineludibles debates.

Un primer recorrido crítico debe inevitablemente comenzar por el análisis de las posturas que en los trabajos preparatorios de la reforma constitucional y dentro de la Convención Constituyente dieron forma definitiva al actual artículo 14 Bis de la Constitución Nacional. En tal sentido, los límites por los que discurrió el análisis de la titularidad de la huelga fueron desde las posturas que entendían debía incorporarse como un derecho *de toda persona o habitante*, pasando por otras que entendían era un derecho de *los trabajadores* hasta concluir en reconocerla como un derecho de *los gremios*². Resulta difícil encontrar en el espíritu del constituyente a lo largo del debate posturas relativas a la titularidad del derecho de huelga asimilables a la concepción orgánica³; por el contrario, la discusión parecería haber discurrido en torno a la titularidad del derecho (individual o colectiva) y las personas en quienes descansa la facultades de ejercicio del mismo.

Así el diputado Alfredo Palacios sostuvo durante el debate que debía sustituirse la palabra gremios por trabajadores entendiendo que “el derecho de huelga es un derecho que tienen los trabajadores de concertarse con el propósito de no trabajar” y que consignar la huelga como un derecho gremial implicaba limitarla concluyendo que “el derecho de huelga es para los trabajadores; si se quiere agregar que los gremios, en el caso de estar organizados, también pueden *ejercitar* ese derecho de huelga, muy bien, pero el derecho es general para todos los trabajadores sin excepción”⁴. Por su parte, el diputado Pablo González Bergez afirmó que la diferenciación entre gremio y trabajadores no era necesaria pues “si el derecho de huelga es de los trabajadores, va de suyo que es también del gremio, ya que el gremio no es otra cosa que el conjunto de trabajadores. Y si el derecho es de los trabajadores, con más razón lo tienen los gremios”⁵.

De manera concluyente, el diputado Carlos A. Bravo, miembro informante de la mayoría sostuvo que el derecho de huelga “puede ser ejercido por los trabajadores del gremio, estén o no afiliados a los sindicatos; basta que lo *resuelva* una *pluralidad de trabajadores*, decidiéndose libremente, aunque sean solamente los integrantes de un solo establecimiento o sección del establecimiento”⁶.

¹ Artículo publicado en LEXIS NEXIS Laboral y Seguridad Social, abril de 2008 – N° 7, *Buenos Aires*.

² Vid. DEVEALI, Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo I – 2a Edición actualizada y ampliada, (La Ley), Buenos Aires, 1971.

³ Vid. MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 8ª. Edic. (Tecnos), Madrid 1999, p. 379

⁴ Cfr. Convención Nacional Constituyente de Santa Fe, *Dirario de Sesiones*, p. 1456/1460.

⁵ *Ibidem*, p. 1458.

⁶ *Ibid.*, p. 1228.

El debate en la Constituyente que concluyó en garantizarle a los gremios en su carácter de simple pluralidad de trabajadores el derecho de huelga deja abierta la discusión sobre la titularidad del derecho. Como oportunamente señalara Krotoschin, la palabra gremio es sinónimo de “pluralidad de trabajadores”⁷. Asimismo, respecto a los debates en la Constituyente, Guillermo A. López sostuvo que el vocablo *gremio* habría sido utilizado como sinónimo de simple pluralidad de trabajadores⁸.

Entendiendo al gremio como fenómeno sociológico⁹ continente de la individualidad – el trabajador – no sería alejado al mandato constitucional interpretar el reconocimiento de la titularidad individual del derecho de huelga aunque adjudicando las facultades en que consiste el derecho subjetivo de huelga tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales. Es decir, una titularidad individual que en atención a la referencia plural *gremios* debería ser ejercida de manera colectiva¹⁰.

Dicha interpretación tiene correlato con la caracterización típica de la huelga en tanto se vincula directamente con la relación de trabajo o con el contrato de trabajo entre dos sujetos determinados en la que uno de ellos interrumpe temporalmente dicha relación para obtener (o proteger) un beneficio laboral para sí o para los de su clase. Siendo el trabajador quien tiene, individualmente, como objeto y razón de ser de su relación de trabajo la obligación de cumplir los compromisos que ello conlleva, ofreciendo su prestación a cambio de una retribución, sólo él tendría la posibilidad de suspenderlo o alterarlo¹¹.

Sin embargo el ejercicio de ese derecho que poseen los trabajadores debe ineludiblemente efectivizarse de manera colectiva pues por el carácter complejo del derecho necesita la colaboración de varios sujetos o instituciones con capacidad reconocida por el ordenamiento jurídico para alcanzar los objetivos previstos¹². La huelga como derecho subjetivo implica un reconocimiento estatal que en función a su

⁷ KROTOSCHIN Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tomo II, 4ª edición actualizada, (Desalma), p. 215.

⁸ Agrega López que las razones que llevan a considerar en nuestro derecho interno al sindicato con personería gremial como titular del derecho de huelga son más pragmáticas que jurídicas Cfr. LOPEZ, Guillermo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, “Pasado, presente y futuro del Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, pp. 9 y ss.

⁹ Juan Carlos Morando diferencia el concepto “sociológico” y totalizante de gremio de aquel “jurídico” y restringido que implica el sindicato. Cfr. MORANDO, J. C., “Notas sobre la reglamentación del derecho de huelga”, DT – Tomo L-B (50-B), 1990.

¹⁰ Bidart Campos, si bien diferenciando aquel sujeto que la declara y aquel que participa, cuestión que se asemeja a la discusión sobre las facultades del derecho de huelga, sostiene la titularidad – también – individual del derecho de huelga. Agrega dicho autor que el reconocimiento del derecho de huelga a los gremios analizado en correlación con toda la constitución, especialmente con el artículo 33 sobre derechos implícitos, no obsta el reconocimiento implícitamente a “otros” titulares. Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 376. Por su parte Ramírez Bosco sostiene que resulta artificiosa una tajante distinción entre interés profesional y el interés sobre la materia de cada integrante de la colectividad concluyendo que “...en el fondo, parece que la cláusula constitucional debiera entenderse a favor también del derecho de cada persona a hacer huelga (aunque previamente declarada por una colectividad o al menos, junto con otras personas)”. RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Derecho de Huelga*, (Hammurabi), Buenos Aires, 1991, p. 53.

¹¹ MONEREO PEREZ, José L., “La huelga como derecho constitucional: técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga, I y II”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 27, 1993, p. 33.

¹² GONZÁLEZ DE LA ALEJA caracteriza a la huelga como “derecho articulado o complejo” diferenciándolo de los “derechos simples” que solo se perfeccionan con la voluntad de un sujeto – titular del derecho – consiguiendo el fin previsto por la norma sin necesidad de contar con auxilio jurídico de otro. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La Titularidad del Derecho de Huelga*, op. cit. p. 143.

calidad lo eleva mediante el otorgamiento a sus titulares de facultades cuya esencia consiste en la pretensión de obtener de persona o personas determinadas cierto comportamiento para cuyo cumplimiento se requiere la colaboración de ellas (siendo susceptibles de concurrencia de titulares de facultades), sin la cual no se obtiene el fin propuesto¹³.

En virtud de su carácter de derecho subjetivo y atento su estructura compleja, corresponde hacer referencia a la titularidad de las facultades del derecho de huelga que se manifestarán al momento de su ejercicio diferenciándola de la titularidad del derecho¹⁴. Quizás en esa confusión conceptual se halle el germen de la definitiva redacción del artículo 14 bis, en tanto se sobredimensionó la declaración o convocatoria de la huelga por sobre el resto de las facultades de su ejercicio confundiendo la residencia de la titularidad del derecho con la titularidad de las facultades¹⁵.

Palomeque López señala la necesidad de hablar de una titularidad diferenciada del derecho de huelga en función de su propio contenido¹⁶ y afirma que dicho contenido esencial complejo esta integrado por un doble plano de poder jurídico: el contenido colectivo del derecho y el contenido individual. Entiendo con González Aleja que corresponde hablar de titularidad diferenciada pero de las facultades del derecho pues la titularidad del derecho es única¹⁷ (sea cual fuera la interpretación sobre el art. 14 bis). Dichas facultades se pondrán de manifiesto en el momento del ejercicio del derecho, toda vez que la propia expresión facultad implica actuar o ejercitar un poder o derecho, siendo en esta segunda faz del derecho huelga donde sí se produciría una intervención y actuación de otros sujetos, además del titular del mismo¹⁸.

Centrándonos en las notas distintivas del derecho subjetivo¹⁹ de huelga, se podría efectuar un análisis secuencial²⁰ de las titularidades del derecho que se manifestarán al momento de su ejercicio²¹.

¹³ Vid. GATTI, Edmundo, *Derechos Subjetivos y Relaciones Jurídicas*, (LexisNexis – Abeledo Perrot), Buenos Aires 2005, pp.157-161.

¹⁴ Sobre la diferencia entre titularidad del derecho de huelga y titularidad de las facultades de exteriorización y ejercicio del mismo Cfr. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón, *La Titularidad del Derecho de Huelga*, Crítica del Derecho, Derecho Vivo, Dir. José Luis Monereo Pérez, (Comares), p. 146 y ss., Granada, 1999. Sostiene lo contrario SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTENSINOS, I. para que quienes hay dos derechos de huelga: uno a adherirse, de naturaleza individual, y otro a convocarla y administrarla, de naturaleza colectiva. Vid. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTENSINOS, I., *Derecho Sindical*, p.456.

¹⁵ RAMIREZ BOSCO señala que si se si se encontrare algún medio para permitir que los sindicatos declaren la huelga pero a la vez impedir que cada trabajador lo haga sería difícil corroborar el cumplimiento de la garantía constitucional (Cfr. RAMIREZ BOSCO, Luis, op. cit. p. 41). De dicho argumento podría relativizarse la facultad de declaración de la huelga como elemento fundamental para sustentar la exclusiva titularidad colectiva.

¹⁶ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M., “Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga” en *Estudios sobre la huelga*, Dir. Antonio Baylos, (Bomarzo), 2005.

¹⁷ Vid. DE CASTRO, F. *Derecho Civil en España*, (Civitas), Madrid, 1984, pp. 575-576.

¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad...*, op. cit., p. 151.

¹⁹ De Castro señala que el decir que titularidad es sólo pertenencia de un derecho subjetivo conlleva el único peligro de hacer inútil aquel término. Vid. DE CASTRO, F. *Derecho Civil en España*, op. cit., p. 564.

²⁰ La secuencia de facultades de ejercicio del derecho de huelga es tomado de PALOMEQUE LÓPEZ, M., “Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga”, op. cit. pp.15-17, aunque como he señalado, el mencionado autor hace referencia a “derechos diferenciados” (diferente titularidad y no diferente titularidad de facultades) , construcción sustentada en la sentencia del TC Español 11/81 sobre el contenido esencial del derecho de huelga.

El primer componente de las facultades que hacen al ejercicio del derecho de huelga es la facultad de convocatoria susceptible de ser efectuada por cualquiera de los titulares de las facultades colectivas del derecho de huelga.

El segundo componente de las facultades del derecho de huelga lo constituye la denominada facultad de adhesión entendida como la posibilidad de sumarse a huelgas ya declaradas cuyo ejercicio es de carácter individual pues el derecho a la cesación o abstención temporal del trabajo recae sobre los únicos sujetos laborales de una relación de trabajo. Es en ese momento en que la huelga declarada por un sujeto colectivo será legitimada de facto – o no – lo que confirmará el grado de representatividad de dicho sujeto respecto de los intereses del grupo en conflicto colocándose el plano individual como sujeto actuante de la voluntad colectiva.

El tercer componente de las facultades podría identificarse de manera genérica como exteriorización del conflicto para cuya concreción y buen desarrollo precisa la participación del sujeto colectivo aunque no de forma ineludible pues el trabajador singular también participa en acciones de desarrollo de la huelga.

Finalmente, la desconvocatoria de la huelga aparecería como determinada por el sujeto colectivo al entender que se obtuvo el resultado perseguido durante el conflicto, aunque el plural sujeto individual será quien convalide su eficacia pues puede ocurrir que éstos mantengan su posición de no abandonar el ejercicio de su derecho.

Creo entender que la trascendencia de lo colectivo reside en ciertas facultades de su ejercicio – fundamentalmente el inicial momento de proclamación o convocatoria de la huelga – y no en la titularidad del derecho, reconociendo que aquella posición relativa a la titularidad colectiva del derecho de huelga genera algunas dudas respecto a cual sería la sede de residencia de la titularidad del derecho que mejor garantice su disfrute en tanto derecho fundamental²² reconocido frente a todos, no sólo frente al empresario sino también frente a posibles involuciones del sindicato en sentido burocrático y autoritario²³.

¿Gremios o sindicatos? Es la limitación...

Durante el *IX Congreso Nazionale di Diritto del Lavoro* (Fiuggi, Italia, 1988) Tosi señalaba que la auténtica dicotomía no es entre titularidad individual y titularidad colectiva, sino entre titularidad colectiva como titularidad difusa y titularidad sindical; es decir, entre titularidad de cada individuo, individuos agrupados de alguna manera, y titularidad referente (a los individuos reconducidos) a los agentes consolidados del sistema contractual²⁴.

²¹ Mario Ackerman es quien señala que el ejercicio del derecho de huelga tiene *momentos* individuales y colectivos. Cfr. ACKERMAN, Mario, “Interés Colectivo” (v. nota la pie N° 13) en *Relaciones colectivas del Trabajo, Tomo I*, Dir. Mario Ackerman, Buenos Aires, 2007, p.28.

²² La noción formal de derecho fundamental a que nos referimos es tomada de Ferrajoli por Fernando Valdés dal Re como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”. Cfr. VALDÉS DAL RE, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, ponencia oficial presentada en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo, Septiembre de 2003, (AUDTSS-SIDTSS), Libro de Informes Generales, p.42.

²³ Cfr. MATIA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL RÉ, F. y VIDA SORIA, José, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, (Civitas), Madrid, 1982, pp. 92 y 93.

²⁴ Vid. *Lo Sciopero: disciplina convenzionale e autoregoalmentazione nel settore privato e pulbico*, (Giuffrè), Milano, 1989, p. 360 citado por GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad...*, op. cit., p. 113. Por aquel año 1988 se desataron conflictos en diversos sectores públicos considerados esenciales para la

Tal como adelantara, de la lectura contextualizada del debate constituyente en la reforma del año 57, parecería verse que las posiciones mayoritarias versaron más bien sobre el carácter individual o plural²⁵ de la titularidad del derecho de huelga y lejos estuvieron de acercarse a teorías orgánicas corporativas, tal como surge de la posición sostenida en la Convención Constituyente por el miembro informante de la mayoría en tanto la huelga "...no es un derecho del sindicato, ni de la asociación profesional, no teniendo necesidad siquiera de ser homologado por los representantes del sindicato"²⁶. Dicha posición encuentra correlato con el contexto socio-político en el que se sancionara el artículo 14 Bis²⁷.

No obstante ello, la jurisprudencia en general y parte de la doctrina, han optado por discurrir el camino dialéctico inverso, es decir, partiendo de la supuesta titularidad del derecho de huelga por parte del gremio dirigir esfuerzos interpretativos hacia la justificación de la exclusiva titularidad sindical, limitándola más aún hasta acotarla al ámbito de la asociación sindical con personería gremial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tratado el tema salvo algunas excepciones²⁸. En autos "Font, Jaime Andrés y otros c/ SRL Carnicerías Galli" entendió el máximo tribunal que el derecho de huelga puede ser invocado y ejercido por los gremios aunque no medie ley reglamentaria del Congreso, considerando que el término gremio en la constitución admitía un derecho que alcanzaba incluso a las simples coaliciones²⁹.

Otro antecedente a señalar es el dictamen del Procurador General de la Nación, Mario Justo López, en autos "Ricardo H. Esteban c/ Metalmadera S.R.L." quien concluyo que "...la Constitución Nacional solamente reconoce como sujetos activos del referido derecho (de huelga) a las organizaciones profesionales de trabajadores". Aunque no se pronunció sobre el carácter de entidad más representativa, con el reconocimiento de la autoridad de aplicación de su cualidad, como sucede en general en las sentencias de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo³⁰.

Por último, en 1992 el máximo Tribunal de la Nación, en autos "Riobo, Alberto c/ La Prensa S.A."³¹ dicta un fallo en el que, amparado en la ley 22.105, reconoce de manera excluyente a las asociaciones sindicales sobre la adopción de medidas de acción directa, aunque debe señalarse que el fallo no fue pronunciado por unanimidad sino por la mayoría de cuatro Ministros, de los cuales tres determinan la inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 280 CPCCN) sin emitir opinión sobre el particular y uno de ellos lo hizo según su voto omitiendo apreciación alguna sobre la cuestión.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos "Leiva, H. y otros c/ Swift Armour S.A."³² aceptó la medida de acción directa declarada

comunidad (en especial transporte ferroviario) promovidos por los COBAS (*Comitati dei Basi*) poniendo en duda el convencimiento existente respecto al control de las organizaciones sindicales sobre la convocatoria y seguimiento de las huelgas, discusión que indefectiblemente repercutió sobre el modelo sindical y generó un riquísima discusión doctrinaria al respecto.

²⁵ El diputado Bravo señaló que la huelga "...es un derecho de la pluralidad de trabajadores..." Cfr. Convención Nacional Constituyente de Santa Fe, *Dirario de Sesiones*, p 1457.

²⁶ *Ibidem* p. 1228.

²⁷ Vid. GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados*, (Eudeba), Buenos Aires, 1997, p.45.

²⁸ Cfr. RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Derecho Colectivo del Trabajo*, "Las instituciones de Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional", (La Ley), pp. 69 y ss.

²⁹ Fallos: 254:56.

³⁰ Vid. POLLERO, Daniel E., "Consideraciones sobre el Derecho de Huelga" en Colección de Analisis Jurisprudencial, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Dir. ACKERMAN, Mario, (La Ley), Bs As., 2004, p.239.

³¹ CSJN Fallos 316:145.

³² SCJPBA de fecha 6/7/1984, TySS -1985-353 y sig.

por los propios trabajadores en defensa de sus intereses profesionales por entenderla legítima, aunque cabe aclarar que todo ello en virtud de que tras el golpe de 1976 la legislación de excepción vigente suspendió la actividad gremial prohibiendo a los sindicatos defender y representar a los trabajadores.

La jurisprudencia mayoritaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, tal como señala Pollero, sostiene el criterio de exclusividad de la titularidad del derecho de huelga en las asociaciones sindicales con personería gremial, basándose sustancialmente en la norma del artículo 31 inc. a) de la ley 23.551 y en el artículo 1° de la ley 14.250, entendiendo que al ser el sujeto legalmente habilitado para negociar colectivamente, fracasada la negociación y las instancias conciliadoras como etapas previas a todo conflicto, solo aquellas estarán habilitadas para su ejercicio³³.

Respecto a la reiterada apelación la ley 23.551 cabe señalar que la ley no reserva el derecho de huelga sólo a las asociaciones con personería gremial (art. 31) sino a los sindicatos en general (art. 5°)³⁴. Ello no obsta destacar que el avance regulatorio restringe el derecho de huelga al ente sindical, es decir, el sindicato como forma jurídica del gremio³⁵.

Otro de los argumentos que limitan el ejercicio del derecho huelga a determinados sujetos se sustenta en la norma contenida por el artículo 1° de la ley 14.250. Basándose en dicha norma, se sostiene que la huelga se encuentra unida a las negociaciones colectivas como instrumento de presión sobre el resultado de las mismas, entendiendo que la ley 14.250 al habilitar sólo al sindicato con personería a negociar convenios colectivos como indefectible conclusión de un conflicto limita *per se* la apelación a la huelga a idénticos sujetos³⁶. La identificación del sujeto negociador en la negociación colectiva corre pareja, en consecuencia, a la del titular del derecho de huelga, derecho instrumental al desarrollo de la propia negociación.

Ahora bien, ¿será el convenio colectivo de trabajo la indefectible conclusión de un conflicto?, entiendo que no. Basta recorrer las finalidades de la huelga reconocidas por los órganos de control de la OIT para concluir que las huelgas legítimas pueden producir su cometido sin que éste se manifieste necesariamente en un convenio colectivo de trabajo³⁷.

³³ Cfr. POLLERO, Edgardo, “El derecho de Huelga” en *Institutos del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Vázquez Vialard – Fera, Coordinadores), (La Ley), Buenos Aires, 2003, p. 466.

³⁴ Mariano Recalde entiende que la ley 23.551 muestra un razonable equilibrio entre asociaciones con personería gremial y asociaciones simplemente inscriptas afirmando que el derecho de adoptar medidas de acción directa se encuentra reconocido por la ley 23.551; RECALDE, Mariano, “El sistema sindical argentino y la libertad sindical”, DT – 2004 –B, p. 1040. Dicha lectura parece sustentarse en lo establecido en el artículo 5° y en el artículo 16 inc. i) el que si bien estipula la regulación estatutaria de la huelga sindical no excluye la legitimidad de otras.

³⁵ Señala Cornaglia que de esa forma se procura llevar el control social a partir de posiciones pro corporativas; CORNAGLIA, Ricardo, *Derecho Colectivo de Trabajo – Derecho de Huelga*, (La Ley), Buenos Aires, 2006, p. 110.

³⁶ Cfr. CNAT, Sala V, 31-3-64, DT, 964 – 565 entre otros.

³⁷ Respecto a las *Huelgas Políticas* el Comité de Libertad Sindical sostuvo que los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no solo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social (OIT 1996, párrafo 481). En el mismo sentido al analizar las *Huelgas de Solidaridad* - entendida como aquella huelga que se inserta en otra emprendida por otros trabajadores- concluyó que los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen (OIT, 1983b, párrafo 217); Cfr. GENIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., “Principios de la OIT sobre el derecho de Huelga”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 4, pp. 477-480. Vale destacar que con la última reforma laboral operada por la ley 25.877 los principios de la OIT en la materia adquieren

Pero aún en caso que se acepte que la conclusión de un conflicto colectivo como parte de una negociación se manifieste necesariamente en una norma colectiva, ¿será exclusivamente la tipología convencional regulada en la ley 14.250? Entiendo que no, pues la ley 14.250 solo rige ciertas convenciones colectivas firmadas por los sindicatos con personería gremial³⁸ y, siendo así, aunque se limite la huelga como exclusivamente funcional al proceso colectivo de producción de normas convencionales, si dicho proceso puede encararlo también un sindicato sin personería o un colectivo de trabajadores, será entonces ese sindicato (sin personería gremial) o colectivo de trabajadores quien *por ende* goce del derecho de huelga³⁹.

Por otra parte, la admisión de la huelga como un derecho cuyo ejercicio se habilita solo a los sindicatos con personería gremial en tanto sujetos negociales plantea algunas dudas respecto a la disponibilidad de la huelga que efectivicen aquellos sindicatos en las cláusulas de paz absoluta establecidas en los convenios colectivos de trabajo como contenido obligacional de los mismos⁴⁰.

En cuanto a las instancias de conciliación establecidas en la ley 14.786 vale destacar que la norma hace referencia a “las partes” y no específicamente al sindicato. Dicha definición legal, además de poner en duda la titularidad exclusiva del sindicato con personería gremial hace lo propio con la construcción jurisprudencial y doctrinaria que confía a la huelga el limitado rol de instrumento de presión en el marco de las negociaciones colectivas. Ello es así pues la ley de conciliación obligatoria no aparece puesta en función exclusiva de la negociación colectiva sino, por el contrario, es la ley 23.546 de procedimiento para la negociación colectiva la que remite al sistema de conciliación obligatoria los diferendos que se susciten en el marco de las negociaciones de convenios colectivos.

La construcción organicista que enmarca la huelga exclusivamente como medio de presión sindical en el marco de la negociación colectiva parece perseguir un orden un tanto ilusorio⁴¹ alejando cierto temor a las huelgas salvajes⁴² (*wild strikes, greves*

mayor trascendencia, además de la oportuna incorporación con rango constitucional del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección de los derechos de sindicación operado en la reforma de 1994.

³⁸ Cfr. RAMIREZ BOSCO, Luis, *Derecho de Huelga*, op. cit. pp. 46-47. Sobre la trascendencia de los convenios no enmarcables en la ley 14.250 Vid. GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados*, op. cit. p. 87.

³⁹ Vid. CAPON FILAS, Rodolfo, *El nuevo derecho sindical argentino*, (Platense), La Plata, 1989, p. 427.

⁴⁰ El derecho de huelga desde una concepción no orgánica impediría que los sindicatos dispongan del derecho de huelga en los convenios colectivos, de modo que las cláusulas de paz absoluta negociadas solo afectarían a ellos en calidad de organización firmante. Sin embargo, la ley 14.250 establece que las convenciones colectivas homologadas regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad. Así pues, siendo el sindicato con personería gremial el único que puede negociar convenios con efecto *erga omnes*, no solo se estaría afectando el derecho individual de cada trabajador y/o el derecho colectivo de los gremios sino además tornaría ilusoria la supuesta pluralidad sindical que promociona el Estado Nacional mediante la ley 23.551. Ello es así pues, a las facultades exclusivas que dicha norma dota al sindicato con personería gremial se agrega el despojamiento del derecho de huelga a aquellas asociaciones sindicales simplemente inscriptas mediante negociación colectiva de eficacia general. Disponibilidad del derecho de huelga que, de paso, concertarán el sindicato con personería gremial y el empresario o la representación empresaria.

⁴¹ Pareciera que en dicho sentido y atento la complejidad actual de las relaciones industriales Ramírez Bosco califica dicha posición como antigua (Cfr. RAMIREZ BOSCO, Luis, *Derecho de Huelga*, op. cit. p. 46).

⁴² Término que, como señalara Palomeque López, deja a las claras las relaciones ente ideología y lenguaje en la denominación de fenómenos sociales; Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, “La titularidad del derecho de reunión sindical y la legitimación para convocar asambleas informativas de afiliados a un sindicato”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, N° 87, 1998, p. 150.

sauvages) o no sindicales sobre el que algunas expresiones doctrinarias y jurisprudenciales parecen sustentar la necesaria administración del conflicto por la organización sindical responsable.

Podría coincidirse respecto a la responsabilidad que supondría la conducción sindical de la huelga, máxime en conflictos de cierta envergadura que persigan fines económicos importantes donde se exija - en mayor medida que una huelga local o limitada a un establecimiento - un estudio profundo de la situación, un cálculo estratégico afinado y experiencia negocial⁴³.

Pero también cabe reconocer que la huelga no sindical, lejos de la disfuncionalidad que pareciera adjudicársele, podría constituir una señal de asfixia generada desde las bases, una reacción de los trabajadores alejados de la conducción sindical⁴⁴. Reacción que, anulada que fuera, potenciaría una tendencia monopolista patológica que desvirtuaría el sistema de relaciones colectivas⁴⁵ y conllevaría la anulación de un derecho constitucionalmente reconocido a los trabajadores.

El temor respecto de las huelgas no sindicales⁴⁶ que fundamenta la limitación del ejercicio del derecho de huelga mediante la técnica de la titularidad colectiva asignada exclusivamente al sindicato con personería gremial (orgánica corporativa⁴⁷) parece cuanto menos excesiva. Nótese que nuestro régimen jurídico por un lado impone instancias obligatorias de conciliación previo a todo conflicto y por otro regula la huelga en los servicios esenciales⁴⁸, lo que habla a las claras de un margen de por sí acotado para el uso del derecho por parte de los trabajadores.

⁴³ Cfr. KROTOSCHIN Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 217.

⁴⁴ Vid. GIANIBELLI, Guillermo, "Fricciones en el sistema sindical", *La Causa Laboral (A.A.L.)*, Año V, N° 17, Mayo 2005, Buenos Aires, pp. 37-38.

⁴⁵ Pareciera verse en aquellos autores que entienden que el modelo sindical argentino es compatible con la libertad sindical cierta atención sobre el fenómeno, llevando a reconocer el derecho de huelga tanto a las organizaciones sindicales simplemente inscriptas como a las que posean personería gremial en sentido contrario a la sostenido por la jurisprudencia mayoritaria; por todos Vid. RECALDE, Mariano, "El sistema sindical argentino y la libertad sindical", *DT - 2004 -B*, pp. 1030-1046 y CORTE, Nestor, *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, (Rubinsal - Culzoni), Santa Fe, 1991, p. 42.

⁴⁶ Vid. JELIN, Elizabeth, *Protesta Obrera*, (Nueva Visión), Buenos Aires, 1974.

⁴⁷ Parece más acertado hablar de teoría *orgánica corporativa* en tanto y en cuanto se asigna la titularidad solo a un tipo de sindicato (aquel más representativo) para diferenciarla de la *orgánica* (simple) que reconoce la titularidad a la organización sindical (incluso al colectivo o gremio) en contraposición a la teoría no orgánica que asignan al trabajador individual la titularidad del derecho.

⁴⁸ Vid. GARCIA; Héctor, "La huelga en los servicios esenciales" en *Relaciones colectivas del Trabajo, Tomo II*, Dir. Mario Ackerman, Buenos Aires, 2007, pp.805-882.

COMENTARIO SOBRE TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA (JUAN PABLO MUGNOLO)

Por Javier H. Delfino

A partir del trabajo de Juan Pablo Mugnolo, y de varios otros autores relativos al tema, me presentan la inquietud acerca de si resulta relevante e influyente para las apreciaciones jurídicas, precisar el fenómeno en que se lo contempla, o en su caso precisar el alcance del vocablo “colectivo”. En ambos casos me refiere necesariamente a la noción de empresa, esa organización ordenada bajo la dirección del empresario.

Las inquietudes que me genera es si la organización que dispone el empleador respecto al colectivo de trabajadores destinado a la prestación de tareas de un sector o toda una empresa puede avasallar la posibilidad del ejercicio del derecho de huelga. El fenómeno de externalización del proceso productivo nos pone ante situaciones con empresas o sectores con un solo trabajador, y la conclusión a la que se llegue puede influir en los diseños de empresa.

Si admitimos la titularidad del derecho en cabeza del trabajador, y condicionado al ejercicio colectivo; para los casos en que la empresa fue organizada con un solo trabajador en un sector o en la totalidad del establecimiento, soy de la opinión que a ese trabajador le asiste igualmente derecho a ejercer la huelga ya que satisface la condición de ejercicio colectivo.

El colectivo de trabajadores quedó limitado por decisión del empresario al organizar el sector o empresa, de modo que no puede exigírsele al trabajador una condición de imposible cumplimiento para él que es que haya más trabajadores en el mismo sector o empresa. De modo que, ese trabajador sintetiza al colectivo de trabajadores frente al empresario en ese sector o empresa.

Por lo tanto, el análisis colectivo del derecho de huelga corresponderá apreciar en función de la organización de trabajo en la que se manifiesta.

EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y ESPECIALMENTE EN RELACIÓN AL MODO DE RESOLVERLO

Por Diego Ledesma Iturbide

¿Cómo resolver el interrogante de quien o quienes resultan ser los titulares del derecho de huelga? Es un tema ciertamente complejo al que se han referido mis compañeros Juan Pablo Mugnolo y Lucas Caparrós, y que no pretendo dilucidar con un breve comentario como el que realizo. En cambio y quizás sobrepasando la temática puntual, lo que me determina e impulsa a escribir estas líneas es además de dar mi opinión sobre el tema, un interés o preocupación sobre algo de mayor trascendencia, la discusión en torno al modo cómo debieran comprenderse o analizarse este tipo de cuestiones. Relevo para esto que mis compañeros recorrieron un camino distinto del que yo me tracé y entonces me pregunto ¿existe un solo “camino” válido para responder el interrogante?, o por el contrario, ¿todos los “caminos” son válidos? Y por otro lado ¿cuál es el modo de evaluar un determinado “camino” elegido?, ¿sus resultados, su nivel de aceptación?

Parto de la idea de que la perspectiva que estamos asumiendo sería la del observador e intérprete imparcial y especializado, cuyo objetivo o propósito central no es el limitarse a informar en relación a un cierto estado de cosas: lo que sucede en los Tribunales y/o de lo que dice la doctrina¹, cuestiones desde ya importantes y ciertamente útiles, ni que tampoco consiste en la función de defender cierto interés o posición, que es la insustituible y tan valiosa tarea del abogado.

¿Es posible entonces arribar a conclusiones (prescripciones) susceptibles de ser juzgadas en términos de verdad-falsedad en relación al “camino” que se traza?

No tengo las respuestas a los interrogantes formulados, aunque tengo la esperanza de que sí existe un camino único, parcial y objetivo al que se puede aspirar. O que en todo caso los caminos elegidos y recorridos son susceptibles de crítica y mejora. Por lo pronto yo tengo un “camino trazado” en este trabajo y quiero aquí ser explícito en su planteo: a) Elegir el punto en conflicto, b) formular preguntas a resolver y c) arriesgar una primera respuesta y a modo más bien de ejemplo.² Los puntos elegidos lo son a partir de una visión panorámica de todo el problema.

a. **Problema:** La operatividad de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional. El derecho de huelga está reconocido a texto expreso en la Constitución Nacional y según allí se prescribe todos los derechos se ejercen conforme las leyes que reglamenten su ejercicio.³

Preguntas ¿Cuál es el alcance de la prescripción?; ¿Un derecho no reglamentado es un derecho que no se puede ejercitar?; ¿Dilucidar la cuestión es tarea de Juristas, de Legisladores o de los Tribunales?; ¿Conforman los fallos de la CSJN interpretación auténtica de la Constitución?

¹ En un sentido “acrítico” o meramente descriptivo.

² La respuesta es intuitiva y no podría decir de ella que es mi posición definitiva, pues no he abordado su estudio.

³ Cfr. art. 14 CN.

Los postulados dogmáticos en torno a la mediación referida y que determinaba la necesaria actividad reglamentaria por parte del Poder Legislativo como requisito para el ejercicio efectivo de los derechos que la Constitución enumera, ha sido rápidamente relativizada desde principios del siglo pasado por la doctrina nacional y validada por jurisprudencia señera de nuestra CSJN en los ya célebres casos “Siri” y “Kot”, una tendencia doctrinaria mantenida y profundizada en el tiempo y hasta nuestros días mediante la invocación en los últimos años de un vigente Estado Constitucional de Derecho y Antropocéntrico. Ideario que ha derivado en el sostenimiento de una eficacia inmediata y en la aplicación horizontal de todos los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna. Es decir, aún cuando no exista reglamentación, todos los derechos previstos en la Constitución son exigibles y operativos y a partir y fundamentalmente de entender que ella es una norma jurídica en sí misma. Y estas resulta prescripciones de base que ciertamente no dependen de la actividad jurisdiccional en sentido estricto para su reconocimiento sino que su origen y desarrollo pertenece esencialmente al ámbito de la doctrina.

b. **Problema:** Los límites y cauces de la actividad reglamentaria. Según prescribe la Constitución Nacional la reglamentación está a cargo del Poder Legislativo y debe realizarse sin “alterar” el derecho que se pretende reglamentar.⁴

Preguntas: ¿Quién determina cuando la determinada reglamentación dispuesta “altera” un derecho constitucional?; ¿Puede la CSJN juzgar la constitucionalidad de las normas reglamentarias “en abstracto”?

La prescripción en torno al deber de no alterar el derecho objeto de reglamentación entiendo está claramente dirigido al Poder Legislativo, quien es titular del poder constitucionalmente atribuido e indelegable de reglamentar los derechos allí reconocidos. Poder reglamentario del que carece el Poder Judicial y cuyo ejercicio no está supeditado a ser revisado ni controlado “en abstracto”, ni siquiera por la CSJN.

Estoy persuadido de la idea de que todos los poderes del Estado están comprometidos en la tarea de velar por la supremacía constitucional. Cada uno en su ámbito. Y en este sentido máximo tribunal de Justicia tiene a su cargo la responsabilidad de velar por la supremacía de la Constitución Nacional frente a toda normativa o actuación de particulares o de entidades de derecho público. Esta es una tarea que el Poder Judicial ejerce mediante el control de constitucionalidad y de convencionalidad⁵ de los actos de las personas sujetas a su jurisdicción. Se trata entonces de una función que sólo puede ejercitar frente al caso concreto y atendiendo a sus propias y específicas circunstancias relevadas.⁶

Pero ciertamente y como lo señalé, el Poder Legislativo tiene también bajo su responsabilidad soberana el control de constitucionalidad de su propia producción normativa. En efecto, el conjunto de las leyes dictadas en consecuencia de la

⁴ Cfr. art. 28 CN.

⁵ Tras la reforma Constitucional del año 1994.

⁶ Con esto pretendo impugnar las declaraciones de inconstitucionalidad de normas hechas “en abstracto” aunque dispuestas en ocasión de dictar sentencia en un expediente. Esto es, cuando la declaración resuelta nada tiene que ver con las circunstancias fácticas relevadas, ni con las necesidades y exigencias que el mismo reclama para la realización práctica allí del valor Justicia.

Constitución son la ley Suprema de la Nación⁷, y sólo al Congreso le corresponde velar porque así sea en “abstracto”. Lo contrario implicaría infringir el equilibrio de Poderes propio de una República.

En síntesis y dada esta opción institucional efectuada y plasmada en nuestra Constitución Nacional, según su propio texto, encuentro que la relación normativa entre Constitución y Ley, cumplidos los recaudos formales, es una de complementación más que de sumisión de una frente a otra.⁸

En conclusión, ningún tribunal jurisdiccional posee legitimidad Constitucional para determinar “en abstracto” cuando se altera y cuando no un derecho constitucional reglamentado, sino sólo en el caso concreto y según, insisto, sus circunstancias fácticas relevadas. Y aún en este caso la sentencia de ningún tribunal, y cualquiera sea su jerarquía, nunca debería derivar en impugnar o tachar en términos absolutos ninguna disposición normativa al punto de anular toda posibilidad de aplicación práctica ulterior. Siempre debería dejarse abierta la posibilidad de que la disposición válida y declarada inconstitucional en el caso cumpla con su propósito en por lo menos algún supuesto hipotético. Lo contrario significaría tanto como sostener su derogación o la lisa y llana inaplicabilidad de una disposición válida, sería entonces, creo yo, una expresión de mala técnica jurídica.⁹

c. **Problema:** El derecho de huelga no cuenta con reglamentación “directa”. El derecho de huelga de los gremios es uno reconocido a texto expreso en nuestra Constitución Nacional en su parte dogmática. Es entonces un derecho constitucional o fundamental y operativo como lo son todos los demás, aunque escasamente reglamentado.¹⁰

Preguntas: Atendiendo al dato de que el derecho de huelga de los gremios no cuenta con una reglamentación que pueda caracterizarse de exhaustiva, me pregunto ¿Cómo conocer su extensión conceptual, en qué consiste, cómo debe realizarse o llevarse a cabo, quien es su titular?; ¿Debe considerarse lo que dice la doctrina (¿qué doctrina?), la Jurisprudencia o lo que efectivamente ocurre?; ¿Puede uno elegir libremente el concepto según propias preferencias?; y por otro lado, ¿es el derecho de huelga un derecho que debe analizarse de manera autónoma e independiente del resto de los derechos de la Constitución o debe interpretarse en articulación con los derechos propios del régimen de las relaciones colectivas del trabajo?

Dejo en claro que entiendo que la función de conceptualizar los dogmas o institutos jurídicos es la labor específica e irrenunciable de la doctrina y que la huelga es, en perspectiva jurídica, un dogma. Por su parte caracterizo a esta tarea como la propia y específica del jurista, quien la desarrolla de modo absolutamente independiente de cualquier pronunciamiento judicial, sin importar la jerarquía del órgano que lo emita.

⁷ Cfr. art. 31 CN.

⁸ Pero este ciertamente no ha sido el modo en que me lo han enseñado en Facultad sino más bien sosteniendo la existencia de una relación estrictamente jerárquica y graficada mediante la famosa pirámide de Hans Kelsen.

⁹ Ello salvo que el “caso” consista precisamente en el análisis de validez de una norma jurídica general a partir de una supuesta inobservancia de las pautas formales obligatorias previstas para su sanción. En tal caso la sanción de nulidad de la norma importará tanto como su derogación.

¹⁰ Existen algunos límites reglamentarios que prescriben en torno a la obligatoriedad de un espacio de diálogo como previo a la adopción de medidas de acción directa (ley n° 14.786), o a la obligatoriedad de establecimiento de servicios mínimos, cuando la medida afecta a un servicio esencial (ley n° 25.877), etc.

Sentado ello, empiezo por la última pregunta. Y en este sentido y atendiendo a la definición “tradicional” de la huelga, que implica un propósito de reivindicación de derechos o intereses de tipo “colectivo” cabría concluir, sin más, que el derecho de huelga está directamente vinculado a nuestro modelo sindical.

En sustento de esta afirmación relevo en primer lugar que el derecho de adoptar medidas de acción directa (tal como es la moderna caracterización de la huelga) se entiende y acepta forma parte inescindible del derecho de las asociaciones sindicales de formular y desarrollar su programa de acción¹¹. Y destaco también que todo lo atinente a la formación y acción de las asociaciones sindicales de trabajadores, está previsto y regulado en nuestro país por la ley n° 23.551 de Asociaciones Sindicales. Un modelo que atribuye la representación de los intereses “colectivos” tan solo a la asociación sindical que goce del atributo de la personería gremial. Y esto así dispuesto es definitivo e incuestionable en “abstracto” hasta que no exista una nueva reglamentación del régimen de Asociaciones Sindicales. La asociación sindical simplemente inscrita carece siquiera de representatividad respecto de los intereses colectivos de sus propios afiliados.

Sin embargo, más allá de lo señalado, y si bien el concepto de “huelga” está históricamente asociado a la problemática jurídica esencial que plantea todo contrato de trabajo y que está directamente vinculada al modo de establecimiento y modificación de las condiciones de trabajo (vgr. remuneración, jornada, etc.), normalmente la excede abarcando otras tales como reclamos frente a actos de ejercicio válido del poder dirección empresario (vgr. rechazo de despidos y suspensiones), o de reclamo por incumplimiento empresarial (vgr. retraso en el pago de la remuneración); o reivindicaciones de tipo sindical (vgr. reclamos derivados de una crítica al régimen de “personería gremial”¹²); o solidaria con otro colectivo de trabajadores en conflicto (las denominadas “huelgas de solidaridad”); o de reclamo contra la autoridad gubernamental (vgr. reclamo por la baja del impuesto a las ganancias); o de reclamo para determinar a la empresa a que realice determinado encuadramiento sindical; o en pos de que la empresa se organice económicamente de determinado modo¹³, y un gran e indeterminable número de etcéteras.

Todos estos supuestos enumerados creo me permitirían afirmar que una huelga no es sólo una herramienta para la reivindicación de un interés o derecho de tipo “colectivo” sino que también lo es para la reivindicación de otros tipos de intereses o derechos, incluso de no sólo los trabajadores sino de intereses y derechos de la propia asociación sindical (con “personería gremial” o “simplemente inscrita”) o del grupo de trabajadores involucrados en el conflicto (vgr. quienes procuran crear una asociación sindical y reclaman por su simple inscripción), en solidaridad con otro grupo de trabajadores e incluso de cualquier otra agrupación de personas (vgr. asociación política) que cuenten con la adhesión de trabajadores mediante la adopción de medidas de acción directa. Tal tipo de reivindicaciones me parece forzado incluirlas en la noción de interés o derecho “colectivo”.

¹¹ Cfr. art. 3 del Convenio de la OIT N° 87 Sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación (1949) y doctrina de sus órganos de control (CEACyR y CLS).

¹² Como puede ser lo la imposibilidad legal de un trabajador afiliado a una asociación sindical “simplemente inscrita” de ser elegido delegado.

¹³ Tengo en mente el caso del conflicto del año 2007 iniciado por el Sindicato de Camioneros en procura de que la Cervecería y Maltería Quilmes renueve contratos de distribución con empresas del sector, cuando la intención declarada de la empresa era concluirlos.

En otro orden de ideas el éxito de una huelga según la variedad de propósitos señalada no siempre se cristaliza en la firma de un acuerdo o convenio colectivo¹⁴ (vgr. la reincorporación del trabajador despedido).

Todos estos argumentos brindados parecerían llevar a concluir en que cualquier grupo de trabajadores podría resultar titular del derecho de organizar y llevar adelante medidas de acción directa, pero dudo de la validez de tal conclusión, formulada en términos absolutos, dado que nunca podría ser objeto de la medida la reivindicación de un derecho o interés de tipo “colectivo”, como podría serlo un reclamo de aumento salarial.

Pero más allá de lo señalado existe un eventual conflicto individual o pluriindividual entre un trabajador o grupo de ellos y su empleador que puede ser causado a raíz del desarrollo de una medida de acción directa y que puede derivar en un pleito judicial. Tengo muy en cuenta que en lo que importa y atañe a nuestra disciplina, la huelga tiene como efecto jurídico principal que el incumplimiento contractual que ella indudablemente importa en los hechos no será considerado como tal en derecho. Es decir, que la conducta de un trabajador que adhiere a una huelga no puede considerarse como incumplimiento del contrato y no puede entonces ser objeto de sanción por su empleador.

Conclusión, me parece a mí que la variedad de propósitos que persigue la huelga como la falta de reglamentación sobre el punto (cosa que quizás sea lo más aconsejable) obstan a la enunciación general y abstracta de quienes resultan sus titulares. En todo caso, más allá de eso y frente al conflicto puntual, llevado que sea a conocimiento de la Justicia un caso de reclamo de un trabajador o grupo de trabajadores frente a la sanción impuesta por su empleador a raíz de su participación en medidas de acción directa que le perjudiquen, lo cierto e invariable es que el órgano jurisdiccional competente deberá dictar sentencia dirimiendo la cuestión en algún sentido y mediante la invocación de ciertos argumentos. Quizás debiendo considerar especialmente el interés o derecho que mediante ella se quiera reivindicar, aunque no creo que tal dato resulte algo definitivo y determinante en la solución del caso.

Consideraciones finales:

Lo que me motivó a escribir este comentario fue verter mi opinión sobre el interrogante planteado y también y especialmente el planteo de la necesidad de reflexionar en torno al “camino” adecuado para hacerlo, si es que arribar a tal cosa resulte una aspiración razonable y posible. Discutir el “modo” es para mí todo un tema que creo merecía nuestra máxima atención, si es que creemos en la fuerza convictiva de los argumentos en sí mismos considerados y que no sólo son el “ropaje” de una postura previamente adoptada (cosa que no es censurable en absoluto, por supuesto).

Discutir el modo o la manera de abordar un tema es trascendente. Y lo es particularmente para aquellos que como nosotros estamos ahora sentando y sedimentando aquellas que serán las bases científicas de toda nuestra producción futura. Creo, en fin, que es este un momento de reflexión ciertamente crucial e irrepetible en nuestra vida académica, por demás determinante, y que debemos aprovechar con el máximo rigor cada ocasión que tengamos para cultivar nuestro pensamiento crítico, aún y especialmente sobre nuestra propia manera de trabajar.

¹⁴ Como bien señala Juan Pablo Mugnolo en su aporte.

COMENTARIO SOBRE APOORTE DE JUAN PABLO MUGNOLO

Por Pablo Salpeter

Muy interesante JP el planteo. Basicamente la dicotomia entre individuo y colectivo. Donde esta el limite... el individuo tiene los derechos de su colectivo o bien este adquiere exclusividad de los derechos del primero? Es muy comun este traslado, es muy efectiva la llamada generalizacion (inducccion) atribuyendo características generales al particular. Y a ello sumado la identificacion del colectivo y su legitimacion. Para traer un ejemplo, se me viene a la mente, aquella persona que, enojada le reprocha al empleado publico (estatal) "yo pago los impuestos, yo te pago el sueldo, me debes respeto y me tenes que hacer caso" Frente a premisas ciertas, conclusiones falsas. El empleado estatal no recibe el sueldo del ciudadano, lo recibe del Estado (colectivo) por ende el empleador es este ultimo y que hasta podra actuar contra el ciudadano si no se atiende a las reglas colectivas. Digo, yo puedo hacer huelga solo? Pueden haber huelgas pluriindividuales? O es un derecho de segunda generacion? De ser colectiva, podria decir que ¿todos los servicios son esenciales? O ¿que el bienestar general tiene rango superior?

III
“PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES”

PROTECCIÓN SOCIAL Y MIGRACION. LAS CUENTAS PENDIENTES DE LA INCLUSIÓN PARA LAS PERSONAS QUE MIGRAN

Por Oscar Eduardo Benitez¹

1.- Introducción

Es muy difícil pensar en nuestra idiosincrasia sin considerar las migraciones Internacionales, toda vez que la penetración e incidencia de los movimientos migratorios en la conformación de nuestra sociedad argentina tiene una larga historia, la que se extiende hasta nuestros días.

Desde su constitución Argentina se presentó como una atractiva para la migración europea, a la vez que mantuvo intercambios poblacionales con los países vecinos.

Sin embargo la mirada hacia las personas que vienen de otros países en búsqueda de oportunidades, no fue uniforme, sino que la misma ha variado conforme los tiempos y el origen de esa migración.²

Sin perjuicio de ello, desde la inmigración de ultramar hasta la inmigración limítrofe contemporánea, la Argentina actual es posible gracias a las contribuciones que los distintos contingentes de inmigrantes han realizado en las estructuras económica, demográfica y cultural del país³.

Pero ¿cual es la situación actual del trabajador Migrante en nuestro país?, ¿cual es la “protección social” que este recibe?

2.- Distintas perspectivas

El concepto de protección social, íntimamente relacionado con el paradigma de trabajo decente, ha sido desarrollado recientemente por las Naciones Unidas como modo de enfrentar la necesidad y establecer garantías universales que efectivicen el acceso a una seguridad económica básica y a servicios sociales esenciales, como la salud, la educación y los servicios de empleo.

Conforme la OIT⁴ el nivel de cumplimiento de protección social en nuestro país es aceptable, aunque queden cuentas pendientes.

En este sentido, la problemática de la protección social, puede ser analizada, abordada desde, por lo menos dos perspectivas distintas.

¹.- Abogado y Docente de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Miembro de la Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

².- Pues la sociedad argentina, sigue tratando de forma diversa a un inmigrantes Frances o Ingles, que ha un inmigrante de Bolivia o Paraguay.

³.- Así pues, con el aporte de los inmigrantes fue posible la fundación de pueblos y ciudades en diversas zonas del país, el desarrollo de actividades productivas, el enriquecimiento de la cultura local mediante la introducción de hábitos, costumbres y creencias, la creación de comunidades multiétnicas, la difusión de lazos de solidaridad, la construcción de una identidad nacional, entre otras cosas.

⁴.- Notas de la OIT. Trabajo decente en Argentina, Publicación de fecha 31 de julio de 2012, Referencia: 2304-1641[ISSN], disponible en http://www.ilo.org/buenosaires/publicaciones/notas-trabajo-decente/WCMS_221702/lang--es/index.htm

Por un lado, podemos abordar el temario desde la perspectiva e intereses de aquellos trabajadores que sus contratos de trabajo se encuentran registrados en los Sistemas de Seguridad Social, analizando el derecho comparado y los distintos niveles de protección en las distintas jurisdicciones así como la competencia, los convenios de reciprocidad en materia de seguridad social, el desarrollo de la libertad sindical, los modos o usos de las empresa para instrumentar estas migraciones (muchas veces fraudulentas) y como juega el principio de irrenunciabilidad en esos casos, la cobertura de distintas contingencias, etc.

Pero también podemos abordar la temática “social” desde otra perspectiva, no desde la personas que emigran con trabajo asegurado, o mejor dicho, prometido, sino de las personas que lo hacen con la expectativas de conseguir uno, quienes en base a nuestra normativa legal y constitucional, también deben ser beneficiarios de la políticas de estado, y estar amparados por ese triangulo virtuoso de protección, que conforman el derecho individual del trabajo, el derecho colectivo del trabajo y la seguridad social, recibido por quienes trabajan regularmente⁵.

3.- La discriminación, un problema recurrente

Suele afirmarse que hablar de discriminación e igualdad, es representar la cara negativa y positiva de un mismo derecho⁶, pues la reprochabilidad del acto discriminatorio obedece a que con el comportamiento discriminatorio se atenta contra la igualdad, valor supremo de nuestra sociedad occidental, siempre presente desde la revolución francesa, hasta nuestros días en la mayoría de las Constituciones⁷ y los tratados internacionales⁸.

Hablar de discriminación es hablar de exclusión, de imposibilidades, de pérdida de libertad de elección y posibilidades de acción. En este punto no puede soslayarse que no solo la igualdad y la libertad están en peligro cuando aparece la discriminación, sino también la dignidad.

Lamentablemente, para los extranjeros la discriminación por su nacionalidad en los momentos previos a la contratación, durante la ejecución y extinción, son moneda corriente a pesar de que la misma se encuentra expresamente repudiada por la normativa general (Art. 1 Ley 23592) y específica (art. 13 ley 25781).

En este aspecto de la lectura de la normativa y jurisprudencia, pueden observarse que a la hora de decidir las asignaciones de recursos o dimisión de conflictos, persiste

⁵.- Sobre este tema ver ACKERMAN, Mario E. “Entre el exabrupto y la esperanza”. Conferencia pronunciada el 14 de diciembre de 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, R. O. del Uruguay, en el acto académico de clausura del Curso de Relaciones Laborales y publicada también en la revista Derecho Laboral (Montevideo), t. XLV, N° 205 (enero/marzo 2002)

⁶Ver Anne F. Bayefsky “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, Publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34.

⁷.- Tanto en Brasil como en Argentina.

⁸.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2° y 3°), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°) se han ocupado y reconocido, por lo que no estamos hablando de solo de un derecho, sino de un ideal.

esa “preferencia por lo nacional” que tal como sostiene Balibar, cuando hablamos de las personas, implica la “institucionalización de la xenofobia”⁹.

En este sentido desde el viejo fallo plenario Nauroth¹⁰, citado en textos de estudios a pesar de la sanción de la Ley 25781 que deja sin efecto su doctrina, hasta el caso del Decreto 432/97 para el caso de pensiones no contributivas¹¹, demuestra que esta xenofobia tiene “su inscripción en el cuerpo en el cuerpo de las instituciones, desde el nivel legislativo hasta la vida cotidiana”¹².

Por lo que a pesar de lo avances legislativos, parece preciso que avancemos hacia el establecimiento de garantías, que permitan a las personas nacidas en otros lugares del mundo, el completo goce de sus derechos a pesar de las diferencias¹³.

Justamente por ello hay quienes entienden que en la actualidad, la igualdad debe evolucionar y complementarse con el concepto de “garantía”, no bastando con ser un derecho reconocido, sino que deben llevarse adelante políticas de inclusión y reconocimiento¹⁴, pues “la eficaz tutela de los derechos de este tipo esta estrechamente ligada con la posibilidad efectiva de que las comunidades estatales tienen que llevar a cabo una acción positiva que ponga a disposición de cada uno de los miembros herramientas de desenvolvimiento individual, material y psíquico que hagan de ellos hombres que puedan vivir su vidas en plenitud”¹⁵.

Hace tiempo ya se sostiene que el hombre como especie goza de ciertos derechos fundamentales por el solo hecho de ser persona, y los cuales deben respetarse para la convivencia pacífica y fraterna de la sociedad¹⁶.

⁹.- Etienne Balibar, Derecho de Ciudad, cultura y política en democracia. Ed. Nueva Visión, 2004, Bs As, p. 99.

¹⁰.- En este fallo se resuelve que no es válido el contrato de trabajo de un extranjero que reside en nuestro país de forma ilegal. CNATrab, en pleno 7-9-73, acuerdo 193, publicado en T y SS 1973/4-113.

¹¹.- CSJN, Recurso de Hecho R.A.D. C/ Estado Nacional del 4/9/2007. La Corte, con el voto a favor de cinco de sus miembros, sostuvo que “puesto que la subsistencia no puede esperar”, exigir “un lapso de residencia de 20 años aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos” constituye “un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social (...) en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado” por la Constitución.

¹².- Etienne Balibar, Derecho de Ciudad, cultura y política en democracia. Ed. Nueva Visión, 2004, Bs As, p. 99.

¹³.- En este sentido se ha sostenido que: “Si el sujeto abstracto de la modernidad, para garantizar su autonomía requería de la igualdad, el sujeto situado de la postmodernidad, para hacerlo necesita de la diferencia. Diferencia que no se constituye en un relación de oposición con la igualdad (cuyo opuesto es la desigualdad) sino de complementariedad en la medida que se manifiesta como un sentido profundizado de la misma; la igualdad entre los diferentes conduce a la desigualdad, solo la diferencia permite que los diferentes alcancen la igualdad” (CASAS, Laura y otro en “Derecho de Asociación y bien común. A propósito del falle Alitt”, publicado en La Ley 2007-A, 384). “Igualdad de trato no significa ser como el otro, sino con el otro, respetando su diferencia, lo que supone, así, reivindicar la propia diferencia, porque “la diferencia del otro es la propia diferencia” (ACKERMAN, Mario E. “El Convenio N° 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación y la negociación colectiva” en RDL 2008-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 10.)

¹⁴ .- Si bien los términos derecho y garantías tienen una relación íntima e inescindible, que genera que muchas veces se confundan y “aunque las garantías no tengan una única significación, nadie duda de que su función constitucional se encuentra inescindiblemente unida a los derechos que procura proteger, asegurar, efectivizar. Son los medios o elementos más o menos amplios, que complementan a los derechos, con los cuales deben conformar un todo homogéneo y coherente: el derecho a ser protegido y la garantía protectora...” (QUIROGA LAVIE, y otros “Derecho Constitucional Argentino” T. I, pg 359).

¹⁵ CARRIO, Genaro, “Los derechos humanos y su protección”, AbeledoPerrot, Bs As, 1990, p. 74.

¹⁶.- “Ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales, y la dignidad de la persona, es el rango de la persona como tal” (MOSSET ITURRASPE, Jorge en “Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación” en Revista de Derecho Laboral, Editorial RubinzalCulzoni, 2009-1, p. 61).

4.- Conclusión

Teniendo presente ello, así como que el empleo formal es la puerta de ingreso al Sistema de “protección social contributivo”, redoblar los esfuerzos en la lucha contra la discriminación en la etapa precontractual resulta indispensable en la actualidad, así como “nuevas formas de organización de la solidaridad potenciando derechos sociales universales vinculados a la persona, adicionales a los ligados al empleo” para aquellas personas imposibilitadas de trabajar independientemente de su nacionalidad, pues “es el único medio para mantener las promesas de emancipación humana de la necesidad y para neutralizar el regreso del miedo hobbesiano es reinventar las protecciones sociales yendo más allá de los mecanismos tradicionales de aseguramiento social, pero sin sustituirlos”¹⁷.

¹⁷.- “Los presupuestos históricos-institucionales de la seguridad social en la constitución social del trabajo”, por José Luis Monereo Pérez, en Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social, Gloria Rojas Rivero (Coordinadora), editorial Bormazo, Albacete 2012, pg. 224

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA COMO CAMINO DE INCLUSIÓN PARA LOS REFUGIADOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Por Mariela Inés Laghezza



"Emigrantes y refugiados no son peones sobre el tablero de la humanidad. Se trata de niños, mujeres y hombres que abandonan o son obligados a abandonar sus casas por muchas razones, que comparten el mismo deseo legítimo de conocer, de tener, pero sobre todo de ser <algo más>". Papa Francisco, Jornada Mundial del Emigrante y del Refugiado, 19 de enero del año 2014.

I.-Concepto jurídico preliminar: emigrantes, inmigrantes, desplazados internos, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas. Diferencias y semejanzas. II.-El sistema de protección internacional de los refugiados. Movimientos de población. Ciclo de desplazamiento. III.-Derecho Internacional de Refugiados. Los actores de protección internacional: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. El sistema Latinoamericano de Protección. A 30 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. IV.- El caso Argentino: La comisión Nacional para los Refugiados. Otros actores de protección: el ACNUR y las agencias sociales. V.- "Trabajar para integrar". El ejercicio del Derecho del trabajo como capacidad inherente al ejercicio del Derecho de Nacionalidad: el rol de la responsabilidad social empresarial.

Introducción

Para las personas que se desplazan voluntariamente por el globo, el horizonte de la migración es el trabajo. El ser humano se mueve. Aun cuando conseguir un empleo decente no sea su principal motivación. Cruzar las fronteras internacionales, como es el caso de los refugiados, y encontrar un trabajo se convierte en "una solución duradera",¹ que cierra el ciclo de desplazamiento al resolver sus dificultades, logrando así la integración local, en la cual el país de asilo le ofrece residencia.

¹ Introducción a la Protección Internacional, Protección de las Personas comprendidas del ACNUR, modulo I, autoinformativo, 1-01-2005, pág 148

Lograr la integración local no es fácil. En primer lugar porque el solicitante de asilo carece de documentación que acredite su identidad. Hasta ser reconocido como refugiado y pueda tramitar su Documento Nacional de Identidad (de extranjero), su única identificación es el Certificado de Residencia Precaria de Refugio, conocido como “*la precaria*”. A esto hay que sumar, en nuestro país, el tema del idioma. Para los solicitantes de asilo en la Argentina, que en su mayoría provienen del continente africano, aprender el idioma es más que un desafío. Es la posibilidad de darse a conocer, de poder acceder a un puesto de trabajo, de tener una vivienda digna. En definitiva, es el instrumento que posibilita no sólo el ejercicio de derechos, sino establecer vínculos sociales.

El presente trabajo tendrá como objetivo comprender la situación de los refugiados en nuestro país. Especialmente su proceso de integración local y como los diversos actores (Estado, Organizaciones Internacionales, sociedad civil, empresas, ONG), cooperan para arraigarlos a la sociedad desde el ámbito laboral.

I.-Concepto jurídico preliminar: emigrantes, inmigrantes, desplazados internos, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas. Diferencias y semejanzas.

Es necesario, y de manera preliminar, realizar una breve descripción de ciertos conceptos.

1. Emigrar: - Es el acto por el cual una persona sale de un Estado con el propósito de asentarse en otro. Las normas internacionales de derechos humanos establecen el derecho de toda persona de salir de cualquier país, incluido el suyo. Sólo en determinadas circunstancias, el Estado puede imponer restricciones a este derecho. Las prohibiciones de salida del país reposan, por lo general, en mandatos judiciales².

2. Inmigrante: una persona no nacional que ingresa a un país con el fin de establecerse en él.

3. Desplazados internos: Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a huir o dejar sus hogares o su residencia habitual. Particularmente como resultado (o para evitar los efectos), de un conflicto armado, situación de violencia generalizada, violación de los derechos humanos o desastres naturales o humanos y que no han atravesado una frontera de un Estado internacionalmente reconocido.³

4. Solicitante de Asilo: es una persona que se encuentra fuera de su país de origen y ha presentado una solicitud del estatuto de refugiado a las autoridades migratorias del país al que ha llegado, y aguarda a que se decida si aplica o no al estatuto de Refugiados.

5. Refugiado: es toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.⁴ También se considera

²<http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms1.html#Desplazados%20internos>

³ Principios Rectores de los desplazamientos internos, Doc. ONU, E/CN.4/1998/53/Add.2.

⁴ Art. 1 (A) (2), de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, modificada por el Protocolo de 1969

Refugiado a la persona que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

6. Apátrida: Toda persona que no es considerada como nacional por ningún estado, conforme su legislación nacional.

Existen diferencias entre un migrante y un refugiado. Los migrantes salen de sus países de origen por diferentes razones y necesidades. En cambio los refugiados cruzan una frontera internacional ya que su país de origen **no le puede brindar efectiva protección de sus derechos** o son **perseguidos** por los “*los cinco motivos*” (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas), y/o se encuentren **amenazados** por conflictos armados o guerras.

Un migrante abandona su país de manera voluntaria. La Organización Internacional del Trabajo en el Convenio N° 97 (Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes), define al trabajador migratorio como *toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta*, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares lo define como *aquella persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado al que no sea nacional*.

Desde sus orígenes, la OIT se ha preocupado por la cuestión de la migración. Su Constitución de 1919 exige la “*protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero*”. También se han abordado normas internacionales que contemplen la situación de los trabajadores migrantes, como por ejemplo el Convenio Sobre los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

La Conferencia Internacional del Trabajo ha celebrado varios debates sobre los aspectos de la migración. Fruto de estos, en el año 2006, se adoptó el Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales fijando, ente otras cuestiones, las siguientes directrices: formular y aplicar políticas económicas y sociales que creen trabajo decente y productivo; fomentar el diálogo y la cooperación intergubernamentales sobre políticas de migraciones laborales, en consulta con los interlocutores sociales, la sociedad civil y las organizaciones de trabajadores migrantes; y, en su último encuentro (2014), el Consejo de Administración aprobó el informe de la Reunión Técnica Tripartita sobre las migraciones laborales.

II.-El sistema de protección internacional de los refugiados. Movimientos de población. Ciclo de desplazamiento.

Existen tres vertientes⁵ de protección de la persona humana: derecho internacional de protección de derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho humanitario. Estos, si bien interactúan entre si y se complementan, se diferencian por su ámbito personal de aplicación: el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la titularidad en todos los individuos. Lo que no ocurre en los otros dos

⁵ Cancado Trindade, A.A., “Derecho Internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”. en 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria Coloquio Internacional, ACNUR, IIDH, Costa Rica, 1995, pp.76-183

sistemas. El derecho internacional de los refugiados se aplica cuando un solicitante de asilo es reconocido como refugiado y el derecho internacional humanitario protege a aquellas personas no combatientes en los conflictos armados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección o de dos de ellas.

Se guían por un propósito básico: *la protección de la persona humana en todas y en cualquier circunstancia*.

¿Qué impulsa a una persona a abandonar su hogar, su familia, costumbres y cultura para buscar seguridad en el exterior, cruzando una frontera? El impulso que inicia el ciclo de desplazamiento tiene su fundamento en la **persecución**, que puede ser por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Dicha persecución sucede en momentos de paz o de conflicto armado nacional o internacional.

El viaje en sí mismo, que emprenden los solicitantes de asilo, es un mar de dudas. Está lleno de inseguridades. Buscar asilo significa vencer barreras físicas para entrar en el país de acogida, ganar acceso al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado y satisfacer sus necesidades básicas diarias, todo mientras se espera por la decisión de solicitud de asilo. Recordemos que a estas barreras jurídicas hay que sumarles todo un mundo de sentimientos y emociones humanas que confluyen en el interior del refugiado.

Una vez que se llega al país de asilo rige para el país de acogida el principio *norma de ius cogen internacional* de *non-refoulement* (principio de no devolución), que coloca al estado en la obligación de admitir a los solicitantes de asilo. A este hay que agregar los principios de no sanción por ingreso ilegal, de no discriminación y el principio de confidencialidad. El solicitante de asilo deberá realizar el procedimiento administrativo⁶, para adquirir la condición de refugiado. En nuestro país se canaliza a mediante la CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados), donde se determinara si es considerado como tal.

El ciclo de desplazamiento se cierra cuando el solicitante de asilo ya ha sido admitido como Refugiado. En este caso el país de acogida deberá presentarle **soluciones duraderas** para que pueda desarrollar una vida normal y ser autosuficiente. Existen tres tipos de soluciones duraderas:

.-. *Repatriación voluntaria*: es la solución más apropiada ya que implica el retorno voluntario al país de origen porque han cesado las condiciones de inseguridad. Depende de la voluntad de dicho país en reestablecer las condiciones de seguridad física y material.

.-. *Integración local*: el país de asilo le brinda la residencia permanente. Implica la integración religiosa, económica, cultural, legal y social de los refugiados en la comunidad.

.-. *Reasentamiento*: es la transferencia del refugiado de su país de asilo a un tercer país que esté dispuesto a admitirlo en forma permanente.

III.-Derecho Internacional de Refugiados. Los actores de protección internacional: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. El sistema Latinoamericano de Protección. A 30 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados.

⁶ “Justo y eficiente” según lo establecido por el Comité Ejecutivo del Programa para el ACNUR en el 28° periodo de sesiones 1982, <http://www.acnur.org/Pdf/0539.pdf?view=>

La protección internacional de los refugiados empieza cuando se garantiza su admisión en el país de acogida. Comprende el otorgamiento del asilo y asegurar el respeto de sus derechos humanos fundamentales. Abarcan, también, todas aquellas actividades destinadas a asegurar el acceso igualitario y el disfrute de los derechos reconocidos a todo hombre.

Los gobiernos son los principales responsables en brindar dicha protección en su territorio, pero también participan otros actores (como por ejemplo el ACNUR, las organizaciones no gubernamentales, las empresas y la sociedad civil).

A principios del Siglo XX el problema de los refugiados empezó a suscitar el interés de la comunidad internacional. La Sociedad de las Naciones fijó una pauta de protección para los refugiaos, adoptando varios acuerdos internacionales en beneficio de estas personas. Sin embargo, estos instrumentos definen una categoría de refugiado: según su origen nacional o el territorio de donde salieron. Con este tipo de definiciones “por categorías” su implementación era sencilla, ya que no existían grandes problemas para determinar quiénes eran refugiados.

Con la Segunda Guerra Mundial el problema sobre los refugiados se acentuó, y se necesitó un instrumento internacional que definiera la *condición jurídica de los refugiados*. Es por ello que el día 28 de julio de 1951, la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, adoptó la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, que entró en vigor el 21 de abril de 1954.

Con arreglo a la “*Convención del 51*”, una persona era considerada como refugiada si “(...) como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.(..)”⁷. Limitando las obligaciones de los estados a la fecha de exclusión de 1951, es por ello que el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados del año 1967, prescinde de esa fecha límite temporal. Al adherirse los estados al protocolo se obligan a aplicar las disposiciones de la Convención de 1951, pero sin la fecha de exclusión.

Existen tres instrucciones básicas en la Convención y el Protocolo:

1) Definición sobre quién es (y quién no), refugiado y sobre quién habiendo sido, ha dejarlo de serlo;

2) Delimitación del estatuto jurídico de los refugiados, sus derechos y obligaciones en el país de acogida;

3) Obligación de los estados a cooperar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

El ACNUR fue creado el 1 de enero de 1951 asumiendo, entre otras, la función de proporcionar protección internacional a los refugiados, bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas.

Además de la Convención y el Protocolo, coexisten una serie de acuerdos, convenciones y otros instrumentos regionales de protección.

⁷ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>

Cesar Walter San Juan y Mark Manly⁸ entienden que existe una problemática de aplicación en América Latina, respecto de la dualidad *asilo/refugio*. Coexisten en esta parte del globo dos sistemas. Por un lado encontramos el sistema latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial: Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1989); Acuerdo sobre Extradición (Caracas, 1911); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); y la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas 1954). Paralelamente encontramos el sistema universal de protección de los refugiados: Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. Producto de lo cual se confunde el Asilo, que es netamente de carácter político, con el estatuto de refugiado. Sumado a ello la Declaración Americana de Derecho y Deberes Del Hombre, que reconoce en el art. XXVII que “*Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales*”. Según los autores, se profundiza así “*un estado de confusión en el empleo de términos y conceptos vinculados a la protección internacional de los refugiados en la región*”⁹.

Al mismo tiempo, en el sistema latinoamericano de protección, encontramos la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Al ser esta una declaración, los estados quedan obligados a ella mediante la costumbre internacional. En su tercera concusión dispone que el concepto de **refugiado recomendable** para su utilización en la región es aquella que *además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*.

En el mes de diciembre del año 2014, se reunieron en Brasilia los gobiernos de los estados de América Latina y el Caribe para el 30° Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptando una *hoja de ruta común* para los nuevos desafíos que conlleva el desplazamiento de la población. La meta que esperan alcanzar en los próximos diez años será terminar con la *apátrida*. El proceso de conmemoración se denomina “Cartagena+30”, proponiendo los estados “*un proceso estratégico en el cual los países de América Latina y el Caribe, más que celebrar sus logros y avances, promuevan una reflexión sobre los desafíos todavía pendientes en materia protección de refugiados y desplazados internos*”¹⁰.

IV.- El caso Argentino: La comisión Nacional para los Refugiados. Otros actores de protección: el ACNUR y las agencias sociales.

El Congreso Nacional, en el año 2006, sancionó la Ley General De Reconocimiento y Protección al Refugiado (Ley N° 26.165), poniendo en marcha a la Comisión

⁸ San Juan, C., Manly, M., “Informe general de la investigación. El asilo y la protección internacional de los refugiados en América latina”, en Franco, L., El asilo y la protección internacional de los refugiados en América latina, Siglo XXI, ACNUR, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2003, pp.24.

⁹ “Asilo y Refugio. Diferencias y Similitudes”. ACNUR, folleto informativo de la Oficina Regional para el Sur de America Latina, 6 de mayo de 1998.

¹⁰ <http://www.acnur.org/cartagena30/>

Nacional de Refugiados (CONARE). Esta está encargada de decidir sobre las solicitudes de asilo y encontrar soluciones duraderas para los refugiados en nuestro país.

La CONARE vino a reemplazar el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE).

La CONARE es un organismo interministerial, está integrado por los Ministerios de Interior, Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Justicia y Derechos Humanos; Desarrollo Social y el Instituto contra la Discriminación y la Xenofobia, y participa con voz pero sin voto el ACNUR.

La función de la CONARE es promover la integración de los refugiados y decidir, a través de un *procedimiento de admisibilidad*, quien puede ser considerado como refugiado.

El Art. 4 de la ley 26.165, establece que una persona es refugiado cuando:

a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él., *<siendo su fundamento la Convención del 51 y su Protocolo>*

b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, *<basado en la Declaración de Cartagena>*.

La CONARE protege los derechos de los solicitantes de asilo y de los refugiados que se hallan bajo la jurisdicción de la República Argentina. Ejecuta acciones para velar por el goce efectivo de los derechos de los refugiados y sus familias.

Resuelve el otorgamiento de autorización para las solicitudes de asilo, el ingreso al país por motivos de reunificación familiar, reasentamiento y repatriación voluntaria.

El proceso de admisibilidad se inicia cuando un refugiado pisa suelo argentino y debe dirigirse a la CONARE, o a cualquier oficina o delegación migratoria de la Dirección Nacional de Migraciones (si se encuentra en el interior del país). No podrá solicitar el estatuto de refugiado estando fuera del país, por ejemplo en el consulado argentino del país de origen, pero si podrá hacerlo al ingresar.

Al solicitar la petición deberá, con una carta dirigida al Presidente de la CONARE, explicar detalladamente los motivos por el cual fundamenta su persecución. Tendrá que adjuntar un documento que acredita su identidad (que puede ser original o copia, en caso de no poseerlo. En la carta deberá explicar porqué no lo tiene), y dos fotos 4x4. Se requiere, a su vez, la constitución un domicilio real y legal donde serán validas todas las notificaciones.

Si de la lectura de la carta surge que se trata de un caso claro, que no requiere mayor indagación, la solicitud se canalizará mediante un procedimiento acelerado. De lo contrario, si es necesario realizar una mayor indagación, comienza la producción de la prueba, según la vía ordinaria. En esta etapa se puede entrevistar al solicitante de asilo para que amplíe sus declaraciones.

Dentro de los 20 días de haber formalizado la solicitud, las autoridades entregaran al solicitante el *“certificado de residencia provisorio de peticionante de Refugio”*

(conocido como “*la precaria*”), siendo un documento público cuya validez es por el plazo de 90 días. Puede ser renovado periódicamente mientras dura el procedimiento de elegibilidad. En “*la precaria*” podemos encontrar los datos personales del peticionante y los derechos que le asisten a su portador. Entre ellos encontramos el derecho a que dicha persona realice actividades remuneradas, y lo autoriza a registrarse a través del ANSES con un número de CUIL provisorio¹¹.

Con toda la información, la Secretaria Ejecutiva (conforme art. 31, ley 26.165), emite un informe técnico de carecer no vinculante a fin de elevar la solicitud a la CONARE, la que analiza el caso para posteriormente tomar una decisión y emitir, a través de un acta su resolución, su decisión de si se le otorga o no la condición de refugiado.

Si la resolución es favorable, se le entrega al refugiado un certificado para que pueda tramitar su residencia temporaria en el país por el plazo de dos años. Otorgada la residencia temporaria, se podrá iniciar el trámite, ante el Registro y Capacidad de las Personas, del DNI para extranjeros.

Pasados los dos años, salvo que hayan cesado los hechos por los cuales se le otorgó el estatuto, el refugiado podrá prorrogar la residencia por otro periodo.

Si la solicitud de asilo es denegada, el solicitante podrá apelarla ante el Ministerio del Interior, previa intervención de la Secretaria de Derechos Humanos, mediante un recurso jerárquico. Agotando así la instancia administrativa, mediante un escrito, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la decisión. Si la decisión del Ministerio del Interior fuese negativa, la persona podrá recurrir a la vía judicial.

La tramitación de la condición de refugiado no obsta la tramitación de un pedido de residencia ante la Dirección Nacional de Migraciones, conforme la normativa migratoria.

La CONARE participa, junto con el ACNUR y sus agencias, en la implementación de programas de apoyo a refugiados y solicitantes de asilo, para su integración local. Un ejemplo de esto es la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM), dependiente de la Conferencia Episcopal Argentina. Cuenta con un equipo interdisciplinario que facilita el alojamiento y la alimentación; el acceso al sistema de salud y de educación; brinda en su sede clases de idioma español, dividido en tres niveles (siendo que el nivel básico se aprende en tres meses); asesora y capacita para la búsqueda y obtención de empleo; orienta respecto a la obtención de la documentación y como regularizar la misma.

También, en nuestro medio local, encontramos a la Organización de Migrantes y Refugiados en Argentina (MYRAR), que realiza encuentros de capacitación para acceder al empleo (como confeccionar un CV, desempeño en una entrevista de trabajo, etc). Asimismo implementa un sistema de micro créditos para que los refugiados puedan realizar pequeños emprendimientos, con el doble fin de autoabastecerse y tener arraigo con el programa para devolver el dinero. También la Sociedad Hebrea de Ayuda al Migrante, que interviene en los casos de refugiados que han sido reasentados en la Argentina.

V.- “Trabajar para integrar”. El ejercicio del Derecho del trabajo como capacidad inherente al ejercicio del Derecho de Nacionalidad: el rol de la responsabilidad social empresaria.

¹¹ Según Disposición SURL 4/1993, publicada en el Boletín Oficial el 12/10/1993

La Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), celebrada en la ciudad de Guatemala en el año 1989, señaló en los puntos 64 y 65 al empleo como un pilar para la *integración local* de los refugiados, para que disfruten de sus derechos económicos, sociales y culturales, y puedan llevar una “vida digna y productiva”.

En Argentina, los refugiados y solicitantes de asilo, tienen legalmente reconocido el derecho a trabajar. Sin embargo, para acceder efectivamente al mercado laboral, existen barreras que obstaculizan el ingreso al empleo formal, viéndose obligados a recurrir a la informalidad y privándose de los beneficios del sistema de la seguridad social.

Una de las barreras para acceder al empleo es la idiomática, ya que muchos de los refugiados provienen del Continente Africano, pero también los hay de Haití, o República Dominicana.

Actualmente en Argentina¹², el número de solicitudes de asilo (individuales) presentadas fue de 831 personas y a finales del 2014, la población refugiada total registrada fue de 3.498 personas, de las cuales un 34 % de ellos son mujeres y el 65% pertenecen a la población *económicamente activa*.

Los empleadores, por su parte, miran con recelo a “*la precaria*”, que si bien es un documento público, acredita mínimamente la identidad de su portador. Acentuándose este inconveniente al no poseer pasaporte o algún documento de identidad del país de origen.

Además existe la creencia generalizada de que los no nacionales sin DNI no están autorizados para acceder al empleo y los empleadores, por miedo a incurrir en infracciones a las leyes laborales y migratorias, prefieren no contratar a estas personas.

La precaria es explícita: “Certificado de Residencia **Precaria** de Peticionante de Refugio” estigmatizando a su portador, ya que muchas veces el empleador desconoce la validez de este documento y de los derechos que otorga. La sociedad también estigmatiza a los refugiados, creyendo que huyen de la justicia de su país de origen, cuando en realidad son víctimas de persecución. Con lo cual son nulas o muy pocas las opciones de conseguir empleo en el mercado de trabajo formal, recurriendo así al mercado informal, a la venta ambulante o al trabajo precario.

La venta ambulante: baratijas para la subsistencia.

Los solicitantes de asilo y refugiados se ven obligados a vender en la vía pública. Estar expuestos en la calle los coloca en una situación de vulnerabilidad extrema. Son víctimas de maltratos, discriminación de la propia sociedad o de otros vendedores. En reiteradas denuncias se deja en evidencia que las fuerzas de seguridad, que muchas veces los extorsiona, les secuestran su mercadería y en la mayoría de los casos los aprehende y los lleva detenidos. Las mujeres refugiadas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Deben enfrentar situaciones de violencia de género, por ejemplo cuando transeúntes les proponen ejercer la prostitución.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la venta ambulante está regulada dentro del Código Contravencional, el art. 83: “(...) **No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia** que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria”.

¹² Según encuesta del ACNUR (período 2013-2014)

Sin embargo, en la práctica, la policía incauta la mercadería y detiene a los refugiados. Es por ello que, en el año 2008, los fallos de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz¹³ c/ GCBA S/ Amparo, Expediente N° 24309” y “Mendoza Escobar Alfonso c/ GCBA S/ Amparo, Expediente N° 16362” :“*reafirmaron el alcance de dicha norma amparando el derecho a trabajar de los accionantes y ordenando a la Administración (en este caso el GCBA) se abstuviera de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral de los accionistas*”¹⁴.

Otro fallo para destacar, sobre la venta ambulante y la persecución policial, es “Bara, Sakho” (2010). El fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, pone de manifiesto la represión policial y la persecución a los refugiados provenientes del continente Africano, que realizan la venta ambulante, especialmente en la zona de Once y Constitución. El personal policial realizaba las siguientes prácticas: además de secuestrar la mercadería, aprehendía a los refugiados porque, al no tener DNI y contar sólo con la *precaria*, los detenían para averiguación de identidad.

La naturaleza jurídica de la interposición de la demanda ante la justicia, fue un habeas corpus colectivo y preventivo, con la finalidad de cesar las practicas persecutorias, ya que las detenciones lesionaban la libertad ambulatoria. Su único fundamento era la condición social de los refugiados y la desventaja idiomática acentuaba aun más el carácter persecutorio y racista de las detenciones.

Los refugiados africanos, en su mayoría hablan el idioma *wolof*, con lo cual los aprehendidos no comprendían el por qué de sus detenciones y la causa del decomiso de la mercadería. La barrera idiomática les impedía ejercer su derecho de defensa, violando así el debido proceso. El Tribunal resolvió que la venta ambulante de mera subsistencia no constituye una contravención ni una falta, por lo cual la policía no puede secuestrar la mercadería ni aprehender a los refugiados que ejercen de vendedores ambulantes. En caso de duda sobre si la venta es de mera subsistencia, la policía deberá informar al Representante del Ministerio Publico, quien ordenará y controlará el operativo. El personal policial debe comunicarle al refugiado en qué consiste el operativo, en un idioma que puedan entender.

Programa “Trabajar para integrar”¹⁵

El *programa* tiene como finalidad facilitar los posesos de inclusión e integración social de las personas solicitantes de asilo y refugiados. Busca incorporarlos en el mercado laboral, ya sea en empresas u organizaciones con un alto nivel de compromiso y responsabilidad social.

Eva Demant, responsable del ACNUR para el Sur de América Latina, y el Presidente de la CONARE, Federico Agusti, el día 18 de julio del año 2014, participaron del *desayuno de trabajo*, organizado por sus respectivas organizaciones, para presentar el programa “**Trabajar para Integrar**”. Destacaron la importancia de trabajar en conjunto con la sociedad civil y el sector privado para promover la integración local de las personas refugiadas sin violencia ni discriminación.

¹³ Solicitante de Aliso Senegales.

¹⁴“Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica”.Ed. Universidad Nacional de Lanus, 1992, pag. 288.

¹⁵ “**Trabajar para Integrar**” en Argentina se inspira en una iniciativa promovida por la Oficina del ACNUR en Costa Rica, “**Vivir la Integración**”.

El 65% de los refugiados y solicitantes de la condición de refugiado que viven en Argentina son población económicamente activa (de entre 18 a 60 años). Son una población de gran riqueza y diversidad cultural, que hablan una multiplicidad de idiomas y cuentan con una variedad de oficios y habilidades.

Asumen las empresas, en pos del respeto de los derechos humanos y la inclusión sin discriminación, la inserción laboral de personas que han sido forzadas a abandonar su país de origen.

El *programa* permite a las empresas nutrirse de los aportes del multiculturalismo, entendido esto como una práctica de inclusión a la diversidad, logrando el intercambio.

Los objetivos del programa son los siguientes:

1) Que los solicitantes de asilo y los refugiados (población de interés) puedan desarrollar sus capacidades, saberes y experiencias laborales previas en el mercado laboral argentino, en igualdad de condiciones que los nacionales.

2) Que la *población de interés* pueda acceder a puestos de trabajo en el mercado laboral formal.

3) Que la *población de interés* pueda iniciar procesos de inserción social con participación activa en el sistema económico, productivo y socio cultural argentino.

Existen criterios para delimitar a la *población de interés*. Ellos son: Hombres y mujeres solicitantes de la condición de refugiado/a y refugiados/as, mayores de edad, en situación de desempleo, o, jóvenes solicitantes de la condición de refugiado/a y refugiados/as, entre 16 y 18 años, de acuerdo a la Constitución Nacional, el Código Civil y la Ley de Contrato de Trabajo argentino.

El programa se implementa mediante CONARE y las agencias socias del ACNUR, cuya función será identificar a las personas solicitantes de asilo y refugiados reconocidos, en situación de desempleo que requieran un acompañamiento en la búsqueda laboral. Logrando así un perfil para comenzar con la búsqueda de empleo mediante:

a) Empleo directo: Las empresas interesadas se comunicarán con el Programa para la selección y reclutamiento de perfiles que se adecúen a sus necesidades. En función de ello, los perfiles serán socializados para su evaluación y posterior incorporación.

b) Empleo tercerizado: Las empresas interesadas podrán contactarse con las agencias laborales socias del programa, que tendrán la tarea de selección y reclutamiento de personal solicitado (consultoras).

Las empresas que adhieran al programa facilitaran el acceso a fuentes de empleo dentro de su empresa o a través de las empresas que formen parte de su cadena de valor; promueven y ofrecen prácticas laborales dentro de su empresas y difunden y sensibilizan, a través de los medios de comunicación que cada empresa tenga disponibles para visibilizar a la población de interés como grupo vulnerable.

Albert Vañó Sanchis¹⁶ destacó los beneficios para las empresas con compromiso social que adhieran a este programa Entre ellos: capacitación en materia de asilo,

¹⁶ Oficial Asociado de Integración Local del ACNUR

difusión y reconocimiento de sus buenas prácticas a favor de la inclusión de refugiados en puestos de trabajo o en espacios de formación.

1. Capacitación: Ofrecer espacios de capacitación, concientización y socialización sobre la temática de refugio a las empresas que trabajen de manera responsable en pos de la integración laboral de la población de interés (a la Alta Dirección de las empresas, a las gerencias de RRHH, RSE y RRII, etc.).

2. Acompañamiento: Llevar adelante acciones de acompañamiento sobre el personal refugiado incorporado (al mes y a los 6 meses, tentativamente), que colabore al adecuado desenvolvimiento laboral y social de las personas dentro de las empresas.

3. Difusión: Elaborar informes periódicos para la difusión de las empresas que se adhieran y el trabajo que realicen con la Población de Interés. Incorporar en las páginas institucionales información relativa a buenas prácticas empresariales. Publicar notas de prensa que visibilicen las acciones de las empresas que cumplan con los objetivos de este programa.

4. Reconocimiento: Entregar certificados de buenas prácticas empresariales con población refugiada, acompañados por notas de empresa y difusión institucional.

También estuvo presente Fernando Passarelli, Asesor Técnico de RSE en CAC (Cámara Argentina de Comercio) y AMIA (Asociación Mutual Israelita Argentina), quien mencionó que la temática RSE y personas refugiadas puede considerarse como innovadora, que requiere de acompañamiento a las empresas y construcción de marcos de confianza porque implica un desafío: *“ampliar la mirada, no quedarse con lo conocido, para abrirse a nuevos caminos”*.

Actualmente adhirieron al programa Randstad, Manpower y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La Dirección de Empleo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde el mes de septiembre de 2014 se reúne con el ACNUR, a los fines de coordinar acciones para incrementar la empleabilidad de los refugiados residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con dicho objetivo, el área de selección de la Gerencia Operativa de Políticas de Empleo, dependiente de la Dirección de Empleo entrevistó a más de 16 personas refugiadas. A través de dichas entrevistas se les relevó su perfil laboral, se los orientó sobre cómo armar su CV, presentarse a una entrevista laboral, así como también, sobre las capacitaciones vigentes y las herramientas existentes para encauzar sus búsquedas laborales, mediante el Portal de Empleo Trabajo BA¹⁷.

Manpower, por su parte, realiza programas de capacitación sobre las características del mercado laboral. Desde el año 2007, más de 100 refugiados consiguieron un empleo a través de la compañía y 600 personas participaron en las actividades de formación laboral (confección de CV, comportamiento en entrevista laboral, etc).

El 18 de noviembre del año 2014, *ManpowerGroup Argentina* -compañía especializada en la provisión de soluciones para el mercado laboral- distinguió a sus “Socios en la Inclusión” por séptimo año consecutivo. Se destacó la labor de 35 empresas cliente de todo el país y 9 sucursales y colaboradores que, bajo la iniciativa “Construyendo Puentes hacia un mundo laboral más inclusivo”, promovieron durante

¹⁷ <https://trabajo.buenosaires.gob.ar/>

2014 oportunidades de empleo y de formación para los participantes de los programas de responsabilidad social, entre otros, a personas refugiadas.

Las empresas distinguidas fueron: American Express, Banco Hipotecario, Citibank, Cruma Servicios Industriales, Danone Argentina, Dow Argentina, Four Seasons Hotel, Instituto Médico Dean Funes y Firenze, Johnson & Johnson, Kimberly Clark, Laboratorios Raffo, Mondelez, Paher Plásticos, Pilkington Automotive Argentina, Praxair Argentina, Prensametal, Procter & Gamble, Sancor Salud, Sodexo, The Clorox Company, UNICEF y Walmart.

Además, las empresas APTAR, Cablevisión, Grupo Acindar Arcelor Mittal, Hewlett Packard, Marsh, Scienza Argentina y Unilever de Argentina fueron reconocidas por su labor en la generación de entornos inclusivos apostando a procesos de capacitación y sensibilización para avanzar en el desarrollo de una cultura organizacional, donde la **Diversidad** se constituye en un valor en sí mismo.

Se realizó un reconocimiento especial, por el compromiso y logro de oportunidades en más de un programa de inclusión, a Banco Galicia, Gavamax, Grupo Arcor, Samsung, Odebrecht y Sheraton Buenos Aires.

Para María Amelia Videla, Directora de Sustentabilidad y Asuntos Públicos de ManpowerGroup Argentina una sociedad es próspera “(...) cuando los empleadores crecen e invierten, cuando las personas tienen la oportunidad de trabajar y contribuir. Esta sinergia ocurre cuando los ecosistemas de empleo trabajan coherentemente juntos para resolver problemas (...). Dependerá entonces del ejercicio de la responsabilidad de empleadores, gobiernos, organizaciones y personas construir un ecosistema del trabajo saludable y próspero, dotándolo de agilidad, vitalidad y flexibilidad”¹⁸.

Conclusión:

El derecho a la nacionalidad es inherente al ejercicio del derecho al trabajo, toda vez que un refugiado necesita *ser reconocido* por el país de acogida, para comenzar a gozar de sus derechos, que le fueron arrebatados desde el momento que en su vida existió *un temor fundado de persecución*. Es difícil superar las barreras para integrarse. Insertarse en el mercado laboral para ser autosuficiente encuentra iguales dificultades, ya sea para un refugiado calificado con título universitario como para uno que solamente tenga estudios de nivel secundario. Salir de su país, pone a todos los refugiados en un pie de igualdad. Al traspasar la frontera internacional quedan desprotegidos, desnudos, hasta que pisan tierra firme, que no les garantiza la plena capacidad *de ser* titular de derechos. Sera entonces la comunidad internacional, pero especialmente el país de acogida quien deberá velar por el solicitante de asilo.

Insertarse en el mercado laboral, es un reto, que es mayor para las personas negras ya sea por discriminación o prejuicio.

La ayuda económica que brinda la Fundación de la Comisión Católica Argentina de Migraciones es en algunos casos insuficientes, es por ello que muchos deben realizar venta ambulante para poder subsistir.

La falta de DNI que a priori impide acceder a un empleo por el temor de sanciones de los empleadores, en sí sirve como una excusa de rechazo. Por lo cual esconde en realidad una discriminación basada en la nacionalidad, o la falta de ella.

En materia de empleo *la precaria* es suficiente para quedarse en el país no lo es para conseguir un empleo.

¹⁸ Ver gacetilla de prensa de ManpowerGroup del 24 de noviembre del año 2014.

El derecho a un trabajo digno no tiene fronteras, específicamente está reconocido en el Art. 18 *del Estatuto del 51* donde se le reconoce al refugiado el derecho a trabajar por cuenta propia (ya sea en la agricultura, la industria, la artesanía y el comercio y de establecer compañías comerciales e industriales) debiéndole otorgar el país de acogida el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias generalmente a los extranjeros.

El derecho a un trabajo digno, es a su vez, la llave que abre la puerta hacia el reconocimiento de otros derechos, es su posibilidad de insertarse a la sociedad y poder así ser parte del país de acogida.

EL TRABAJO DE EXTRANJEROS Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN URUGUAY

Por Ignacio López Viana¹

Sumario: I. Introducción. II. Residentes y no residentes. III. Concepto y categorías de residencias. IV. Régimen de seguridad social. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

Indudablemente Uruguay se ha convertido en un destino apetecible para cientos de migrantes que vienen a radicarse a nuestro país, ya sea por razones de trabajo, en el marco de proyectos de movilidad laboral, o para asentarse definitivamente.

A consecuencia de ello, se ha producido un sensible aumento en las solicitudes de residencias legales, lo que ha generado la necesidad de revisar y adaptar los derechos de los trabajadores extranjeros, particularmente en lo que respecta a los trámites migratorios, así como también la extensión de los derechos de seguridad social.

Paralelamente, el año pasado se resolvió modificar la Ley de Migraciones N° 18.250 y se ha aprobado un Acuerdo Bilateral con Brasil (aún no vigente) referente a estos temas, además de haberse aprobado y existir actualmente negociaciones avanzadas con algunos otros países por convenios internacionales en materia de seguridad social, a fin de cumplir con los objetivos propuestos por nuestro país.

Desde finales del año 2012 Uruguay viene intentando implementar una verdadera política de inmigración con el fin de captar nuevos y jóvenes talentos del exterior.

Dicha política se ha visto reflejada en la permanente preocupación por facilitar y agilizar los trámites migratorios, los cuales podían llegar a tardar inclusive más de dos años hasta la obtención de una residencia legal definitiva. A consecuencia de ello, este tema fue tratado incluso, como prioridad por el Consejo de Ministros de Uruguay del año 2012.²

Asimismo, según cifras del Banco de Previsión Social (BPS), en julio de 2013 Uruguay tenía registrados en dicho organismo a 12.151 personas extranjeras, provenientes de 81 países, algunos de ellos inclusive, poco comunes para estas latitudes.

³ Por supuesto que la mayoría de los extranjeros provienen de países vecinos, tales como Argentina, Brasil y Chile, pero también de otros países fuera de la región, como España, Estados Unidos o incluso, Finlandia, seguramente a consecuencia de los proyectos relacionados con las plantas de celulosa u otros grandes desarrollos empresariales.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales – Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay (UdelaR). Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Laboral I y II de la UdelaR. Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la UdelaR.

² Diario El País, “Mujica ordenó agilizar trámites de migración”, 21 de enero de 2013, Montevideo, Uruguay - <http://historico.elpais.com.uy/130121/ultmo-690100/ultimomomento/mujica-ordeno-agilizar-tramites-de-migracion/>.

³ Diario El País, “Hay 12.151 extranjeros de 81 países con actividad laboral en Uruguay”, 7 de julio de 2013, Montevideo, Uruguay - <http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/extranjeros-uruguay-actividad-laboral-crecimiento.html>.

En tal sentido, Montevideo, Maldonado y Colonia son los Departamentos con mayor presencia de personal extranjero, redistribuyéndose fundamentalmente en tareas forestales, de construcción, comercio y agropecuarias.

A su vez, últimamente se ha visto un notable ingreso de dominicanos y venezolanos a nuestro país, en busca de mejores condiciones de vida y trabajo, lo que ha llevado por ejemplo, en el primero de los casos, a la obtención de una visa como exigencia previa al ingreso a Uruguay.⁴

Otro de los puntos centrales que atrajo la llegada de extranjeros ha sido la necesidad de contar con mano de obra calificada, fundamentalmente para grandes inversiones y proyectos.

Estos elementos han llevado a replantearse y en algunos casos, modificar los requisitos necesarios y tiempos asociados a su obtención para que las personas extranjeras pudieran obtener un permiso de residencia a fin de trabajar legalmente en nuestro país, así como también extender los beneficios en materia de seguridad social, considerando el acceso al trabajo y la seguridad social como derechos fundamentales del trabajador migrante.

Como se desarrollará a continuación, todo extranjero tiene en principio los mismos derechos que cualquier trabajador local, pero deberán realizar previa y obligatoriamente determinados trámites migratorios ante la Dirección Nacional de Migración (DNM) o el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRREE), según el caso, para la obtención de su correspondiente cédula de identidad ante la Dirección Nacional de Identificación Civil (DNIC) y poder así desarrollar legalmente actividades laborales en Uruguay, amparándose a los beneficios previstos por la seguridad social.

II. Residentes y no residentes

El ingreso y la permanencia de migrantes en el país durante un periodo de tiempo determinado o determinable es un derecho reconocido a texto expreso por la Constitución de la República y la normativa específica vigente en materia migratoria⁵.

El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas extranjeras y sus familiares el derecho a la migración, garantizándose los mismos derechos que a los nacionales sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, idioma, religión o convicción, opinión política, origen étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, estado civil o cualquier otra condición.

En primer lugar, de acuerdo a la normativa vigente, migrante es toda persona extranjera que ingresa al territorio nacional con ánimo de residir y establecerse en él, en forma permanente o temporaria. Las personas extranjeras serán admitidas para ingresar y permanecer en el territorio nacional en las categorías de no residente y residente, subdividiéndose esta última en permanentes y temporarios.⁶

Las personas migrantes gozarán de los mismos derechos laborales que los nacionales tanto en lo que refiere a la accesibilidad de empleo, remuneración, condiciones de trabajo, formación profesional y seguridad social.

⁴ Diario El País, “El gobierno resolvió que exigirá visa a dominicanos”, 26 de abril de 2014, Montevideo, Uruguay - <http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-resolvio-que-exigira-visa.html>.

Diario El País, “Por mes se radican en Uruguay 60 venezolanos que huyen del chavismo”, 4 de abril de 2015, Montevideo, Uruguay - <http://www.elpais.com.uy/informacion/mes-se-radican-uruguay-venezolanos.html>.

⁵ Constitución de la República Oriental del Uruguay, Art. 37; Ley N° 18.250 del 6 de enero de 2008 y Decreto N° 394/009 de 24 de agosto de 2009.

⁶ Ley N° 18.250, Art. 31 y Decreto N° 394/009, Art. 2.

En segundo término, se considera “no residente” a la persona extranjera que ingrese al país sin ánimo de permanecer en forma definitiva ni temporaria en el territorio nacional. Son ejemplos de no residentes, los turistas (personas extranjeras que ingresan al país con fines de recreo, esparcimiento o descanso), negociantes, integrantes de espectáculos públicos, artísticos o culturales, pasajeros en tránsito, deportistas, periodistas, entre otros.⁷ Las personas extranjeras admitidas en la categoría de “no residente” no podrán ejercer actividad laboral alguna fuera de las específicas a su categoría, ni deberán realizar ningún procedimiento relativo a la obtención de su residencia legal.

El plazo de permanencia en nuestro país de las personas no residentes es de noventa días, pudiendo ser prorrogable por noventa días más.⁸ Una vez vencido el término deberán justificar la permanencia en el país y acreditar su calidad con documentación probatoria o en su defecto deberán retornar a su país de origen.⁹

Recordemos que de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Civil, criterio adoptado por la DNM, no se presume el ánimo de permanecer ni se adquiere domicilio en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si se tiene en otra parte su hogar doméstico o por otras circunstancias la residencia es accidental, como la del viajero.

Por el contrario, se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él algún establecimiento perdurable, para administrarlo en persona o por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo, de los que regularmente se confieren por largo tiempo.¹⁰

Por consiguiente, las personas extranjeras y sus familiares que tengan intenciones de radicarse en el país en la categoría de “residentes”, deberán ingresar y permanecer en territorio nacional de acuerdo a lo estipulado por las normas vigentes en materia migratoria, así como también demostrar un ánimo de permanencia. En efecto, los migrantes tendrán garantizado por el Estado uruguayo el derecho a la igualdad de trato como cualquier nacional, derecho al trabajo, a beneficiarse de la seguridad social, salud, vivienda, educación, derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia en pie de igualdad con los nacionales.¹¹

Por otra parte, cabe mencionar que la irregularidad en materia migratoria, no impedirá inclusive, en ningún caso, el acceso a la justicia y a la salud de las personas extranjeras, debiendo el Estado proporcionarle información relativa a sus derechos, deberes, garantías y obligaciones en lo que respecta a su condición migratoria.

Por tanto, para que las personas extranjeras con ánimo de residir en el país puedan radicarse y trabajar legalmente en Uruguay, gozando de todos los derechos en materia laboral y de seguridad social, deberán previamente tramitar su permiso de residencia. Éste es en principio, el único requerimiento adicional para que un extranjero pueda desarrollar su actividad laboral en nuestro país en las mismas condiciones que cualquier trabajador local, siéndole aplicables las normas generales en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social, tales como por ejemplo, las relativas a salarios, licencias, jornada laboral, horas extras, aportes, descansos, aguinaldo, despidos, etc.

Asimismo, naturalmente, los migrantes al igual que los nacionales deberán respetar y cumplir con las obligaciones dispuestas en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, leyes, decretos y

⁷ Ley N° 18.250, Art. 36.

⁸ Decreto N° 394/009, Art. 13.

⁹ Ley N° 18.250, Art. 38.

¹⁰ Código Civil Uruguayo, Arts. 26 y 27.

¹¹ Ley N° 18.250, Art. 8.

reglamentaciones vigentes, así como también cumplir con el pago de los impuestos y las contribuciones especiales que correspondan.¹²

Por último, resulta necesario deslindar este tipo de residencia de la denominada residencia fiscal. Como veremos a continuación, el residente legal es aquel que habiendo acreditado los extremos requeridos por la normativa vigente, obtuvo una de las categorías de residencia legal. El hecho de ser residente legal no implica necesariamente ser considerado residente fiscal en Uruguay, ya que se trata en puridad de conceptos diferentes. En virtud de ello, se entenderá que una persona física extranjera tendrá su residencia fiscal en Uruguay si permanece por más de ciento ochenta y tres días durante el año civil en territorio uruguayo o radique en territorio nacional el núcleo principal o la base de sus actividades o de sus intereses económicos o vitales, lo cual difiere, como veremos a continuación, de los requisitos necesarios para ser considerado residente legal.¹³

III. Concepto y categorías de residencias

La residencia es un permiso otorgado a un migrante, cuya finalidad consiste en autorizar a la persona extranjera de cualquier nacionalidad el ingreso al territorio nacional con ánimo de residir y establecerse en él durante un periodo determinado o determinable.

Dicho permiso puede ser otorgado por la DNM, oficina bajo la dependencia del Ministerio del Interior, órgano que ejerce la superintendencia general de los servicios de migración,¹⁴ o según el caso, por el propio MRREE.¹⁵

a) Categorías de residencias

Hoy día existen diversas categorías de residencias y trámites migratorios, cuya elección dependerá del tiempo de estadía del migrante, el ánimo de residencia, su nacionalidad y/o vínculo con ciudadanos uruguayos.

La mayoría de los extranjeros que vienen a Uruguay no necesitan visa. En caso de así requerirlo, deberán previamente a la solicitud de residencia, obtener un permiso para ingresar al país.¹⁶

La residencia puede otorgarse en forma definitiva (permanente) o temporaria, existiendo además algunas particularidades para aquellos nacionales de los países integrantes del Mercosur y demás países de América del Sur, así como también para los extranjeros que tengan vínculos familiares con uruguayos y para los casos en que los migrantes ingresen al país por un plazo de duración muy reducido.

En tal sentido, existen varias categorías de residencias: a) Residencia legal definitiva; b) Residencia legal temporaria; c) Residencia temporaria Mercosur; d) Hoja provisoria de identidad.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.254, se implementó una nueva alternativa, más rápida y eficaz, para la obtención de la residencia legal definitiva (a) de las personas que cumplan con determinados requisitos allí enunciados.

¹² Ley N° 18.250, Art. 15.

¹³ Ley N° 18.083, de fecha 27 de diciembre de 2006, Art. 14.

¹⁴ Decreto de fecha 28 de enero de 1947, Art. 85.

¹⁵ Ley N° 19.254 de fecha 28 de agosto de 2014.

¹⁶ Puede consultarse el listado de países que previamente al trámite de residencia requieren visa en: <http://www.dnm.minterior.gub.uy/visas.php>.

a.1) Organismos competentes

La Ley N° 19.254, que modificó un par de artículos de la Ley N° 18.250, pretendió facilitar y agilizar los trámites migratorios, otorgando mayores y nuevos beneficios a los ciudadanos del Mercosur y países asociados, así como también a aquellos nacionales de cualquier Estado que tuvieran algún vínculo familiar con ciudadanos nacionales, obteniendo la residencia legal definitiva por el sólo hecho de cumplir alguna de las condiciones anteriormente mencionadas.¹⁷

La finalidad de la ley consiste en el deseo de fortalecer y profundizar el proceso de integración a la sociedad uruguaya así como los vínculos fraternales con los países de la región, intentando implementar una verdadera política de libre circulación de personas entre los países vecinos.

Dicha política integracionista está dirigida a aquellos nacionales que residen o residieron en el exterior y hoy se prestan a retornar al país con sus familiares, algunos de ellos de origen extranjero.

Por consiguiente, hoy día puede tramitarse la residencia legal definitiva ante el MRREE, en los casos previstos por la nueva Ley N° 19.254, tal como analizaremos a continuación, o por la DNM en cualquiera de los restantes casos.

Además de la gratuidad del trámite para las personas migrantes, a diferencia del procedimiento previsto ante la DNM, el nuevo proceso a través del MRREE resulta bastante más sencillo, rápido y eficaz, por tanto, consideramos es una opción muy recomendable.

a.2) Residencia legal definitiva

Se otorga a los migrantes cuya intención radica en establecerse en forma definitiva en el país.¹⁸ Estos podrán permanecer indefinidamente siempre y cuando no se ausenten del país por un periodo de tiempo superior a tres años o se desnaturalicen las condiciones por las cuales fueron admitidos como residentes, entendiéndose en general por tales la comisión de actividades delictivas.

¹⁷ Ley N° 19.254, Art. 1: “Sustitúyese el literal B) del Artículo 27 de la Ley No. 18.250, de 6 de enero de 2008, por el siguiente:

B) Otorgar y cancelar a las personas extranjeras la residencia definitiva en los casos señalados en esta ley, salvo en los de cónyuges, concubinas, padres, hermanos y nietos de uruguayos y los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados, los que serán cometidos del Ministerio de Relaciones Exteriores”.

Ley N° 19.254, Art. 2: “Sustitúyese el Artículo 33 de la Ley No. 18.250, de 6 de enero de 2008, por el siguiente: Tendrán la categoría de residentes permanentes:

a) Los cónyuges, concubinas, padres, hermanos y nietos de uruguayos bastando que acrediten dicho vínculo.

b) Los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados que acrediten dicha nacionalidad.

La solicitud de trámite de residencia podrá ser presentada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o las Oficinas Consulares de la República.

El Ministerio de Relaciones Exteriores dará traslado al Ministerio del Interior a los efectos de que se expida respecto de los antecedentes penales del peticionario, en un plazo máximo de quince días hábiles.

El Ministerio de Relaciones Exteriores deberá expedirse sobre el otorgamiento de la residencia solicitada en un plazo no mayor a treinta días hábiles

A los efectos de la reglamentación, los requisitos correspondientes no podrán resultar más exigentes que los previstos para tramitar la residencia temporal”.

¹⁸ Ley N° 18.250, Art. 32 y Decreto N° 394/009, Art. 4.

Tal como fue mencionado, dicho trámite se debe realizar ante la DNM o, en determinadas circunstancias y para los migrantes que cumplan con los requisitos dispuestos por la nueva normativa, también podrán solicitar el permiso de residencia a través del MRREE.

A efectos de la tramitación de esta categoría de residencia ante la DNM, existen dos opciones actualmente vigentes y que no han sufrido modificaciones sustanciales.

En primer lugar, la DNM prevé un plan de respuesta rápida diseñado especialmente para aquellos migrantes a los cuales les urge comenzar sus actividades laborales en nuestro país, posibilitando el inicio del trámite únicamente presentado la siguiente documentación: a) fotocopia y original del documento de identidad vigente y en buen estado con el cual ingresó al país; b) Tarjeta de Entrada (T.E.S.) o en su defecto fotocopia del pasaporte donde figure el sello de entrada; c) una foto carné; d) para el caso de menores de edad, además de cumplir con los requisitos anteriores se deberá presentar partida de nacimiento y autorización expresa de sus padres o adulto responsable para radicarse en Uruguay.

Una vez presentada la documentación inicial, el migrante tendrá un plazo de noventa días para presentar la documentación adicional requerida por la DNM: a) carné de salud laboral, el cual podrá ser expedido por cualquiera de los prestadores de servicios de salud públicos o privados, habilitados por el Ministerio de Salud Pública de nuestro país; b) acreditar los medios de vida con los cuales el migrante se sustentará mientras dure su estadía en Uruguay; c) para el caso de mayores de edad, acreditar certificado de ausencia de antecedentes penales del país de origen del migrante y de los países donde residió en los últimos cinco años anteriores al ingreso a nuestro país, debidamente legalizados o apostillados y traducidos si correspondiere; d) partida de nacimiento y/o matrimonio debidamente legalizadas o apostilladas y traducidas si correspondiere, según el caso.

Por otra parte, una segunda opción consiste en presentar la totalidad de la documentación detallada anteriormente al inicio del trámite, economizando tiempo y recursos. No obstante, no siempre resulta sencilla la obtención de los certificados de antecedentes penales y la legalización y traducción de documentos, fundamentalmente con países que no han ratificado la Convención de La Haya de 1961 sobre la Apostilla, por consiguiente, termina siendo aconsejable iniciar el trámite a través del plan de respuesta de rápida.

En segundo lugar, tal como se adelantó, a comienzos del mes de setiembre del año 2014 entró en vigencia la Ley N° 19.254.¹⁹

La mencionada ley representa el continuo desarrollo e implementación de una política migratoria basada en una perspectiva de derechos y en línea con los compromisos internacionales asumidos por el país.

A efectos de posibilitar de manera rápida y eficaz el acceso al trabajo de extranjeros, así como también la reunificación familiar, la nueva ley prevé dos hipótesis en las cuales también se podrá obtener la residencia legal definitiva, modificándose los requisitos y procedimientos vigentes para la obtención de tal residencia y siempre que se cumplan con determinadas condiciones.

La gran novedad es que el organismo competente para la obtención de tales permisos de residencia será el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay o,

¹⁹ Diario El País, “Residencia automática a nacidos en el Mercosur”, 29 de enero de 2014, Montevideo, Uruguay -<http://www.elpais.com.uy/informacion/residencia-uruguay-automatizada-nacidos-mercosur.html>. Diario La República, “Facilitarán trámites de residencia permanente”, 30 de enero de 2014, Montevideo, Uruguay - <http://www.republica.com.uy/facilitar-residencia-permanente/427183/>.

inclusive, las Oficinas Consulares de la República en el exterior, antes de ingresar a nuestro país.

Por tanto, el trámite ya podría ser iniciado en el exterior, en la Oficina Consular de Uruguay del país al que pertenece el extranjero, lo cual hasta el momento no era posible.

La segunda particularidad del nuevo procedimiento radica en que los sujetos enunciados en la nueva redacción del Art. 27, literal b) de la Ley N° 18.250, por su sola condición de tal, podrán obtener la residencia legal definitiva.

Ahora bien, ¿quiénes son los extranjeros que pueden acceder a la residencia legal definitiva bajo este nuevo procedimiento dispuesto por la Ley N° 19.254?

En tal sentido, podemos distinguir dos situaciones:

a) Los cónyuges, concubinos, padres, hermanos y nietos de uruguayos, sin importar el lugar de residencia o su nacionalidad, bastando únicamente con la acreditación de tal vínculo, permitiendo de esta manera el retorno de aquellos familiares de uruguayos y posibilitándoles el acceso a un trabajo formal.

b) Los nacionales de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados, acreditando dicha nacionalidad. Resulta oportuno destacar que dicha opción comprende a todos los países de América del Sur (Argentina, Brasil, Paraguay, Venezuela, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana y Surinam).

En cualquier de las dos opciones, los extranjeros podrán obtener la residencia legal definitiva en Uruguay.

En tercer término, se modifica el procedimiento para la obtención de la residencia, agilizando y facilitándose el mismo. A diferencia de lo que ocurre con los trámites iniciados ante la DNM, en los cuales la obtención de la residencia legal definitiva puede llegar a demorar entre uno o dos años, de no mediar observaciones en el expediente iniciado, el nuevo procedimiento establece la obligación para el MRREE de otorgar y/o cancelar la residencia legal definitiva en un plazo máximo de treinta días hábiles.

Indudablemente se trata de facilitar la libre circulación entre ciudadanos de América del Sur, facilitando y posibilitando el acceso al trabajo en Uruguay para cualquiera de los extranjeros que residan en tales países, otorgándoles todos los derechos laborales y beneficios en materia de seguridad social dispuestos por la normativa nacional.

Asimismo, se disminuye sensiblemente la carga probatoria para los extranjeros, simplificándose los trámites para su obtención, ya que los requisitos para gestionar la residencia no podrán ser más exigentes que los previstos para la obtención de la residencia temporaria.

En efecto, y a diferencia de lo que ocurre en la DNM, el inicio del trámite obligatoriamente debe ser realizado a través del sitio web del MRREE, agendando fecha y hora de atención.

A su vez, en relación a los requisitos que deberán presentarse para la obtención de la residencia en caso de ciudadanos del Mercosur o Estados Asociados, tratándose de mayores de edad, alcanzará simplemente con los siguientes tres documentos: a) documento de identidad con el cual se ingresó al país (generalmente pasaporte o DNI o cédula de identidad); b) certificado de antecedentes penales del país de origen del extranjero, así como también de los países en que haya residido los últimos cinco años previos al ingreso a Uruguay, debidamente legalizados o Apostillados y traducidos si correspondiere, c) certificado de movimientos migratorios expedido por la DNM.

En cambio, si se trata de menores de edad, únicamente se requerirá el documento de identidad con el cual se ingresó al país y el correspondiente permiso de menor firmado por los padres, no siendo necesaria la acreditación de antecedentes penales.

Por otra parte, para los cónyuges, concubinos, padres, hermanos y nietos de uruguayos, alcanzará simplemente para obtener la residencia la acreditación de la siguiente documentación: a) documento de identidad del solicitante; b) documento identificador del nacional uruguayo, c) las partidas que correspondan según el vínculo que se deba acreditar (nacimiento, matrimonio y/o testimonio de sentencia judicial uruguaya que declare el concubinato), d) certificado de movimientos migratorios expedido por la DNM.²⁰

En ambos casos, al momento de la entrevista del extranjero ante el MRREE, se deberá efectuar una declaración jurada de carencia de antecedentes internacionales penales o policiales. Resulta oportuno destacar que en ningún caso, al igual que acontece con el trámite de residencia temporaria Mercosur ante la DNM, será necesaria la presentación de documentación probatoria de medios de vida del gestionante, así como tampoco se requerirá la exigencia de un periodo previo de residencia temporal en el país, pudiendo adquirir directamente la residencia legal definitiva.

En suma, los trámites migratorios son en todos los casos personales, independientemente del organismo competente, resultando generalmente un tanto más engorroso y sensiblemente más largo y complejo el procedimiento ante la DNM.

a.3) Residencia legal temporaria

Se otorga a aquellos migrantes que ingresen al país con la intención de permanecer en él por un plazo determinado, superior a los seis meses e inferior a dos años.²¹

Su estadía se encontrará sujeta al desempeño de una actividad determinada, por el término antes referido.

Dicho permiso de residencia podrá renovarse por una única vez por uno o dos años dependiendo de la actividad de que se trate. A su vez, si fuere necesario extender la residencia en el país, se deberá tramitar un cambio de categoría a residencia legal definitiva dentro de los noventa días anteriores al vencimiento del término.²²

El trámite también es personal y a diferencia de la residencia legal definitiva, el migrante deberá aportar la totalidad de la documentación al inicio del trámite, no existiendo la posibilidad de optar por el plan de respuesta rápida. La documentación requerida por DNM es prácticamente la misma que para la residencia legal definitiva, requiriéndose adicionalmente, para el caso de trabajadores dependientes, una carta membretada de la empresa indicando el cargo, plazo de estadía y salario que percibirá el trabajador por la prestación de su actividad laboral.

A diferencia de la residencia legal definitiva, el trámite generalmente tiene una duración de entre uno y tres meses, en caso de no recaer observaciones sobre el expediente.

a.4) Residencia temporaria Mercosur

Es una variante de la residencia temporaria, prevista únicamente para los nacionales de los países miembros del MERCOSUR y demás países de América del Sur.

²⁰ Por mayor información, puede consultar el Instructivo elaborado por el MRREE a tales efectos en: <https://sitios.mrree.gub.uy/tramites/seleccionar/>.

²¹ Ley N° 18.250, Art. 34 y Decreto N° 394/009, Art. 7.

²² Ley N° 18.250, Art. 39.

Al igual que la residencia temporaria, se encuentra sujeta al término de dos años. Los requisitos exigidos son los mismos que para la residencia temporaria, con la salvedad de que no se exige acreditar los medios de vida.

Desde hace ya varios meses, se prevé la posibilidad de prorrogar dicha residencia por igual periodo dentro de los noventa días anteriores al vencimiento del término.

El plazo para la obtención de dicho permiso de residencia es de aproximadamente uno o dos meses, habiéndose facilitado y agilizado sensiblemente los trámites para su obtención.

Si bien hoy día la DNM sigue otorgando esta categoría de residencia, con la entrada en vigencia de la ya analizada Ley N° 19.254 carecería de sentido iniciar este procedimiento a través de dicho organismo, resultando más rápida y sencilla su obtención ante el MRREE.

a.5) Hoja provisoria de identidad

Los migrantes que ingresen al país con ánimo de permanecer por un plazo inferior a los ciento ochenta días sólo deberán acreditar ante la DNM la actividad que da origen a su solicitud y fecha del cese de la misma, presentando fotocopia del pasaporte, carta membretada de la empresa para la cual prestarán sus funciones o instituto de enseñanza en el que cursarán sus estudios, acompañada de certificado notarial con los datos de la empresa o instituto contratante.

Acreditada dicha actividad se expedirá un certificado a efectos del otorgamiento de la Hoja Provisoria de Identidad por parte de la DNIC.

El plazo de duración de dicho trámite es de aproximadamente doce días hábiles.

b) Trámite ante la DNIC y Planilla de Control de Trabajo del MTSS

Una vez tramitado el certificado de llegada obtenido ante la DNM o, según el caso, ante el MRREE, el migrante podrá obtener su correspondiente cédula de identidad u hoja provisoria de identidad ante la DNIC, con la cual procederá posteriormente a su inscripción ante los organismos previsionales correspondientes y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS).

Dicho certificado deberá ser acompañado del pasaporte del migrante y su partida de nacimiento debidamente legalizada o apostillada y traducida, si correspondiere, por técnicos idóneos aprobados por la oficina de Gestión Documental de la DNIC.

La partida de nacimiento también podrá ser inscrita en el Registro de Estado Civil uruguayo, sección partidas extranjeras, opción recomendable ya que facilita los trámites de renovación de la cédula de identidad y amplía los periodos de vigencia de la misma.

A efectos de la inscripción en la Planilla de Trabajo del MTSS, las empresas no podrán contratar ni inscribir a extranjeros que no se hallaren debidamente autorizados a trabajar legalmente en el país.²³ Por consiguiente, recién luego de iniciado el trámite correspondiente de residencia y obtenida la cédula de identidad, las empresas podrán dar de alta en su plantilla al migrante.

No obstante, producto de las demoras en los trámites de residencia, podría eventualmente darse de alta al migrante con su pasaporte, debiendo culminarse a la mayor brevedad posible el trámite de residencia, agregándose a la planilla el número de expediente otorgado o el número de cédula de identidad uruguaya una vez tramitada. Si bien dicha práctica es actualmente aceptada, carece de mayor sustento legal.

²³ Decreto N° 108/007 de fecha 22 de marzo de 2007.

Al obtener la cédula de identidad, el migrante no sólo quedará regularizado formalmente en la Planilla de Trabajo de acuerdo a la normativa laboral vigente, sino que además, podrá gozar de todos los beneficios de la seguridad social en nuestro país.

En definitiva, todo empleador que contrate trabajadores extranjeros en relación de dependencia permanecerá obligado a aplicar la normativa laboral vigente, sin discriminación alguna. Ningún empleador podrá contratar laboralmente a personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional, es decir, que no hubieren tramitado ninguno de los permisos de residencias mencionados.²⁴

El incumplimiento de tales requisitos no solo puede acarrear consecuencias desfavorables a nivel de la entidad migratoria, sino también a nivel de la Inspección General de Trabajo y Seguridad Social del MTSS así como del BPS.²⁵

Estos organismos podrán sancionar a la empresa contratante que tenga en su plantilla al migrante en situación irregular, ya sea a través de amonestaciones o multas en unidades reajustables o inclusive, hasta con la clausura por seis días del establecimiento y la expulsión del país de la persona migrante, dependiendo de la gravedad de la falta, la reiteración y los antecedentes de la empresa.²⁶

IV. Régimen de seguridad social

Como adelantamos, una vez obtenida la cédula de identidad el migrante podrá estar inscrito adecuadamente en la Planilla de Control de Trabajo del MTSS y podrá acogerse a los beneficios de la seguridad social de nuestro país.

Por otra parte, todo empleador que contrate un trabajador extranjero deberá cumplir respecto del mismo con la inscripción respectiva, con las mismas formalidades que para los trabajadores nacionales, así como también realizar la aportación correspondiente. En caso de omisión, el empleador será pasible de las multas y recargos previstos para el caso de no inscripción de cualquier trabajador nacional.

A diferencia del MTSS, el BPS no exige que la empresa acredite la calidad de residente definitivo o temporal del trabajador, ni requiere que el mismo tenga cédula de identidad, pudiéndose en principio gestionar el alta con el documento extranjero o pasaporte, regularizándose posteriormente la identificación definitiva del trabajador.

A su vez, las personas migrantes podrán optar entre la seguridad social uruguaya o la de su país de origen, teniendo en cuenta si se trata de trabajadores usuarios de Zonas Francas,²⁷ y particularmente de los convenios internacionales en materia de seguridad social a los cuales nos referiremos a continuación, ya que Uruguay continúa trabajando para la aprobación de nuevos acuerdos y consecuentemente, la extensión de beneficios.

a) Convenios internacionales

Uruguay ha ratificado una serie de convenios internacionales cuya finalidad consiste en beneficiar al trabajador migrante a través de la acumulación de los periodos de servicios prestados en ambos países a efectos del goce de los derechos jubilatorios, posibilitando los traslados temporarios de trabajadores, el pago de jubilaciones y

²⁴ Ley N° 18.250, Art. 22.

²⁵ Decreto N° 394/009, Art. 46.

²⁶ Ley N° 16.736 de fecha 5 de enero de 1996, Art. 412 y Decreto N° 186/004 de 8 de junio de 2004.

²⁷ Ley N° 15.921, de fecha 17 de diciembre de 1987, Art. 20, inciso segundo: “*Cuando el personal extranjero que trabaje en la zona franca exprese por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de seguridad social vigente en la República, no existirá obligación de realizar los aportes correspondientes*”.

pensiones en el exterior sin quita ni retenciones, tal como se establece con Argentina, Brasil, Chile, Venezuela, Italia, España, Perú, Bolivia, Colombia, Paraguay, Ecuador, El Salvador, Canadá, Bélgica, Holanda, Israel, Austria, Grecia, Israel, Portugal, entre otros, la devolución de los aportes realizados a la seguridad social luego de la salida definitiva del país, como ocurre con Suiza, la gestión de oficio de solicitudes de jubilaciones independientes, prestaciones a la vejez, invalidez, conservación de derechos adquiridos, entre otros diversos beneficios.²⁸

En virtud de ello, una gran cantidad de extranjeros optan por estos beneficios acogidos a traslados temporarios para poder realizar su actividad laboral fuera de sus respectivos países, pudiendo los trabajadores bajo determinadas circunstancias continuar amparados al sistema de seguridad social de su país de origen, sin ser necesario la realización de aportes de contribuciones especiales de seguridad social en nuestro país.

Los trámites de traslados temporarios se realizan mediante la autoridad competente de cada Estado Parte, correspondiente a los titulares de los organismos gubernamentales que, conforme a la legislación interna de cada Estado Parte, tengan competencia sobre los regímenes en materia de seguridad social.

En la mayoría de los casos los traslados temporarios previstos son por doce o veinticuatro meses, pudiendo ser prorrogables por igual periodo con carácter excepcional. Generalmente, tal como ocurre por ejemplo, con el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur, aplicable con Argentina, si bien el trabajador estará sometido en principio a la legislación del Estado Parte en cuyo territorio ejerza la actividad laboral, se establecen varias excepciones en las cuales el trabajador de una empresa con sede en uno de los Estados Partes que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección, o actividades similares, y que sea trasladado para prestar servicios en el territorio del otro Estado Parte, por un período limitado, continuará sujeto a la legislación del Estado Parte de origen.²⁹

Por tanto, el trabajador continuará amparado al sistema de seguridad social de su país, no debiéndose por ende realizar las contribuciones especiales a la seguridad social en nuestro país, bastando simplemente con inscribir al mismo como trabajador temporal ante el BPS y presentando los documentos emitidos por la entidad de seguridad social de origen, en cumplimiento del respectivo convenio.

También debemos señalar que durante el año 2014 se han logrado concretar otros nuevos convenios internacionales de relevancia con países como Alemania (vigente desde el 1° de febrero de 2015), Francia (vigente desde el pasado 1° de julio de 2014), Suiza (vigente desde el 1° de abril de 2015) y Luxemburgo (vigente desde el pasado 1° de setiembre de 2014).

Por último, debe tenerse presente lo dispuesto por el Convenio OIT N° 118, ratificado por nuestro país a través del Decreto Ley N° 15.363, que establece la igualdad de trato para nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, tanto en lo que concierne a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones en todas las contingencias protegidas por la legislación nacional vigente, derechos que también surgen establecidos a texto expreso de la mayoría de los convenios internacionales aprobados por Uruguay y de la normativa en materia migratoria.³⁰

En síntesis, consideramos oportuno destacar también que Uruguay continúa profundizando y ampliando el régimen de convenios internacionales vigentes,

²⁸ Puede consultarse el listado de países con los cuales existe convenios en materia de seguridad social en: http://www.bps.gub.uy/3855/convenios_internacionales.html.

²⁹ Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur, de fecha 15 de diciembre de 1997, Art. 5.

³⁰ Decreto N° 394/009, Arts. 43 y 44.

destacándose como novedades la existencia actualmente de tres convenios en negociación con los países de Rumania, Estados Unidos y Corea del Sur, países con los cuales se posee un importante intercambio comercial, fundamentalmente respecto a los dos últimos, encontrándose bastante avanzadas las tratativas con el país europeo y norteamericano.

b) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Los empleadores también deberán cumplir con la contratación del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del Banco de Seguros del Estado (BSE), al igual que con los trabajadores nacionales.

En caso que el trabajador opte por ampararse al sistema establecido por alguno de los convenios internacionales en materia de seguridad social suscritos por Uruguay, deberá acreditarse que la cobertura en el país de origen contemple también las contingencias laborales en nuestro país. En su defecto, se deberá contratar con el BSE un complemento al seguro contratado por el empleador, específico para dicho trabajador y por el período que comprenda su permanencia en el territorio nacional.

V. Consideraciones finales

Teniendo en cuenta el masivo arribo de personas extranjeras a nuestro país en los últimos años, con la intención de radicarse temporal o definitivamente en el mismo a causa de sus actividades laborales, resulta particularmente interesante para las empresas, al momento de planificar una operativa que implique la radicación del personal extranjero en Uruguay, tener presente las particularidades y exigencias que establece nuestro ordenamiento jurídico en la materia, de manera de lograr una optimización de los recursos humanos y económicos de las mismas, previniendo y minimizando al máximo eventuales contingencias.

Si bien Uruguay cuenta con una regulación dispersa, la misma resulta afortunadamente cada vez más extensa en materia laboral y de seguridad social para los migrantes, en consonancia con el Convenio OIT N° 97 sobre trabajadores migrantes, ratificado por Uruguay, y el Convenio OIT N° 143, que paradójicamente aún no ha sido ratificado por nuestro país, y que entendemos conveniente se realice a la mayor brevedad posible.

En tal sentido, Uruguay cuenta con una regulación en materia laboral y de seguridad social que otorga al migrante, y particularmente al ciudadano argentino, así como también a los nacionales de los demás países del Mercosur, una vez tramitado su correspondiente permiso de residencia ante la DNM y obtenida su cédula de identidad ante la DNIC, los mismos derechos y obligaciones que cualquier trabajador local, sin distinción alguna.

Con aciertos y errores, consideramos que las políticas llevadas a cabo en los últimos años en Uruguay tienden a la captación de profesionales y trabajadores calificados, facilitando su ingreso y permanencia en el país bajo un régimen de igualdad, otorgando y ofreciendo un marco jurídico de protección adecuado que resulta apetecible para migrar a nuestro país y desarrollar en él actividades laborales de diversas índole. No obstante, la obtención del permiso migratorio resulta en muchas oportunidades un escollo importante para las empresas y los trabajadores, causando en muchos casos hasta largas pérdidas de tiempo y/o perjuicios económicamente considerables para ambas partes. Por consiguiente, entendemos que uno de los objetivos fundamentales a perseguir de aquí en adelante consiste justamente en continuar

agilizando los trámites migratorios y minimizando eventuales pérdidas de tiempo y recursos tanto para empresas como para trabajadores.

En suma, entendemos que Uruguay debe continuar implementando más y mayores beneficios para facilitar la radicación de personas extranjeras en el país, posibilitando un rápido acceso al empleo en forma regular, simplificando y agilizando los trámites migratorios obligatorios, facilitando la libre circulación de personas entre países de la región y la concertación de nuevos emprendimientos laborales, procurando en un futuro inmediato, profundizar y ampliar aún más la cobertura en materia de seguridad social de los extranjeros, ratificando nuevos convenios internacionales en la materia y legislando adecuadamente de manera de ajustar la normativa local a las necesidades, prácticas y tendencias actuales en materia laboral.

ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

Por Mauro Mónico y Andrea Rodríguez Yaben

I. Aspectos preliminares; II. Justificación del acceso a la justicia laboral como derecho fundamental de los trabajadores; III. Dificultad de la temática en las relaciones laborales internacionales; IV. Situación actual en el Derecho Uruguayo; V. La norma de conflicto materialmente orientada como solución a la problemática; VI. Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado. Análisis de la solución brindada. VII. Conclusiones.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

Actualmente la tendencia a migrar va en constante crecimiento en tanto la aceleración de la globalización económica ha generado más trabajadores migrantes que lo ocurrido en cualquier otro tiempo. El desempleo y la creciente pobreza han determinado que muchos trabajadores busquen alternativas laborales en el extranjero, apoyándose en necesidades de los mercados laborales de muchos países industrializados. En ocasiones la migración es la última defensa personal y aislada contra el desempleo, la pobreza o la exclusión¹ y la esperanza final de búsqueda de un empleo. Asimismo, los cambios demográficos, sociales, los conflictos y las desigualdades de los ingresos también impulsan cada vez a más trabajadores y sus familias a cruzar las fronteras en busca de empleo y seguridad.

Desde el punto de vista jurídico, lo primero que se debe tener presente, es que el migrar es un derecho humano que se encuentra reconocido en los principales instrumentos regionales y universales de esa materia², así como en un amplio número de constituciones³ y leyes nacionales⁴. Es un derecho humano universal, interdependiente e indivisible como lo son el derecho a la vida, a la propiedad privada, a la salud, la libertad de expresión o a cualquier otro.

En el marco del derecho laboral y tal como afirma Ermida “*la migración laboral es el ejercicio de la libertad de movimiento, para el goce del derecho al trabajo y del principio de igualdad. Se trata del derecho a migrar para trabajar en igualdad de condiciones con los nacionales del país de destino. Libertad de movimiento, derecho al trabajo y principio de igualdad es el conjunto de derechos fundamentales que conforman y fundamentan el derecho a migrar, al que tampoco es ajeno la prosecución de otros derechos, menos próximos pero tan o más esenciales: el derecho a la vida, a la salud, a la educación, etc. Por lo demás, los derechos del trabajador migrante derivan*

¹ Nelson Nicoliello, “*La desocupación y el llamado seguro de paro*”, Montevideo, 1971, p. 8.

² Véanse los artículos 13.2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 22, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4, de la Declaración Sociolaboral del Mercosur; además los Convenios Internacionales de Trabajo Nos. 97 (Ley No. 12.030 de 27 de enero de 1954) y 143; entre otros instrumentos.

³ En Uruguay, la Constitución de la República en sus artículos 7, 8, 53, 54 y 72.

⁴ Nuestra política migratoria está diseñada en base a varios instrumentos, entre ellos, la Ley No. 18.250 de 6 de enero de 2008 y su Decreto reglamentario No. 394/009 y los Decretos Nos. 330/008 y 559/008 que reglamentan los artículos 76 y 74 de la referida Ley.

*de su condición de persona humana (de persona que trabaja o que procura ejercer su derecho a trabajar), y no de su nacionalidad, ciudadanía o residencia.”*⁵

Así, el derecho a migrar es un derecho fundamental reconocido a todo ser humano que, evidentemente, comprende el derecho a emigrar e inmigrar y, por tanto, el deber de la comunidad internacional de garantizar de algún modo la efectividad de su ejercicio. Situación tal que no ocurre a cabalidad en los hechos.

Al respecto de este fenómeno, se pueden evidenciar consecuencias que resultan contradictorias: por un lado, una migración laboral internacional organizada y bien encauzada reviste un enorme potencial para los países en tanto la consideran como parte integrante de sus estrategias nacionales de desarrollo y empleo, promueve el crecimiento económico, la transferencia de conocimientos, la creación de negocios y las redes comerciales. Por otra parte, y a pesar de los esfuerzos realizados a efectos de garantizar la protección de los trabajadores migrantes, se siguen experimentando numerosos problemas ya que es frecuente que trabajadores migrantes tengan una escasa protección social lo que se traduce en una gran vulnerabilidad a ser explotados.

En varios aspectos tales como las condiciones de vida y de trabajo, seguridad social y acceso a la justicia, muchos trabajadores extranjeros se encuentran desprotegidos en comparación con los nacionales, es por eso que es necesaria la articulación de una protección social mínima a los trabajadores migrantes, lo que constituye, sin lugar a dudas, un incentivo al desarrollo socioeconómico y el fundamento de la cohesión social.

Claramente, el proceso de migración implica desafíos complejos en términos de gobernanza, de protección de los trabajadores migrantes, de vínculos entre migración y desarrollo, y de cooperación internacional. Como consecuencia de ello, las migraciones internacionales y los problemas que conllevan ocupan un lugar cada vez más importante en el orden del día de las organizaciones internacionales y de los gobiernos del mundo entero.

En el presente trabajo se evidenciará la importancia de uno de los aspectos de esa protección que precisa de un análisis especial, cual es el acceso a la justicia de los trabajadores migrantes. Si bien nuestra normativa reconoce desde su primer artículo el derecho de los trabajadores al debido proceso y al acceso a la justicia⁶ no es difícil apreciar una disociación entre la teoría y la práctica.

En efecto, se evidencian en los hechos muchas carencias en tanto no existen reglas claras ni soluciones sencillas en lo que respecta al acceso a la jurisdicción por parte de los trabajadores migrantes que participan en verdaderos contratos internacionales de trabajo. Inconvenientes que pueden apreciarse desde la perspectiva del trabajador, en tanto la dificultad que tiene para hacer efectivo ese derecho; como desde la perspectiva del empleador ya que la dificultad que se presenta en materia de jurisdicción puede desanimar la contratación de extranjeros.

La vulnerabilidad asociada a la migración de trabajadores que se insertan en una relación internacional de trabajo y el acceso efectivo que tienen a la justicia en nuestro país, será el objeto del presente estudio, por lo que dejaremos en evidencia la situación

⁵ Oscar Ermida Uriarte, “*Derecho a migrar y derecho al trabajo*” en “Las Migraciones humanas en el MERCOSUR. Una mirada desde los Derechos Humanos. Compilación Normativa.”, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2009, p. 33.

⁶ Ley No. 18.250, artículo 1° – “*El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.*”

actual e intentaremos realizar una aproximación hacia las soluciones que nuestro ordenamiento jurídico brinda al respecto.

II. JUSTIFICACION DEL ACCESO A LA JUSTICIA LABORAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS TRABAJADORES

Los derechos fundamentales como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho. En la estructura normativa, los derechos fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad.

Así, derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, libertad, debido proceso, libertad de pensamiento, participación, intimidad y los derechos económico – sociales son la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias, se trata de una serie de derechos que se consideran inherentes o naturales a toda persona sin distinción o discriminación de tipo alguno. Son la expresión de un ordenamiento libre y al mismo tiempo son el presupuesto para que éste se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos.

En este sentido, el acceso a un nivel adecuado de protección de esos derechos es imprescindible para la promoción del bienestar humano y el consenso social, que favorece la paz social y es indispensable para lograrla, y por lo tanto para mejorar el crecimiento equitativo, la estabilidad social y el desempeño económico.

Esta protección alcanza al acceso a la justicia, que ha pasado de ser una prerrogativa del Estado a ser un derecho fundamental, en tanto posibilita la exigibilidad y la efectividad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Entendido esto como una condición indispensable para la construcción de sociedades democráticas, el acceso a la justicia se orienta a dar garantía de la titularidad de los derechos de las personas, bajo los principios de igualdad y no discriminación.

Resulta imprescindible para la eficacia de este derecho, un papel activo por parte del Estado en la promoción de políticas y acciones que garanticen este acceso y los derechos para todas las personas, y en especial para la población en condición de vulnerabilidad a la cual se le puede dificultar más el ejercicio de este derecho en particular y de todos los derechos en general.

Descontado el carácter de derecho fundamental y la necesidad de protección a los trabajadores migrantes (en tanto parte de la población vulnerable), en lo que respecta al acceso a la jurisdicción se aprecian con facilidad en la práctica dificultades reales para el efectivo acceso.

Las acciones y políticas de acceso a la justicia vistas en su dimensión más amplia, si bien pretenden luchar contra las desigualdades y la reducción de brechas sociales, no son lo suficientemente efectivas y se evidencian claros obstáculos y dificultades para el ejercicio de ese derecho.

Es decir que, para que los trabajadores migrantes puedan ejercer efectivamente su derecho a la igualdad de trato, es importante que tengan acceso a los tribunales en las mismas condiciones que los nacionales, situación tal que en los hechos es dificultosa en tanto no existen reglas claras para el acceso a la jurisdicción.

III. DIFICULTAD DE ESTE TEMA EN LAS RELACIONES LABORALES INTERNACIONALES

Como hemos advertido en los párrafos que anteceden, en los últimos tiempos las relaciones laborales han sido objeto de cambios importantes ampliando sus fronteras por fuera de los límites geográficos de los países. Ello ha provocado un sinnúmero de vínculos laborales extranacionales, siendo habitual que los contratos de trabajo se celebren en un país, para ser ejecutados en otro, con trabajadores domiciliados en países distintos a aquellos en donde prestan sus tareas, etc.

En este mismo sentido expresa Ermida, *“la globalización y la integración regional instalan un nuevo escenario que ya no es (solamente) el nacional; a éste se superpone ahora, otro multinacional (sea regional o planetario). Y en ese nuevo escenario, mayor y diferente, ya no pueden actuar solo los viejos actores nacionales, pensados para aquél. Es necesario reestructurar a los actores o crear nuevos actores apropiados para la dimensión del nuevo escenario y de las relaciones -ya no exclusivamente nacionales- que inevitablemente surgirán en el nuevo contexto.”*⁷

En este nuevo contexto de relaciones cuyos vínculos dejan de ser puramente locales para pasar a ser extranacionales es que cobra relevancia el tema de determinar cuál es la ley aplicable a dichas relaciones internacionales de trabajo, así como la jurisdicción competente para entender en cualquier conflicto que derive de dichas relaciones.

Ahora bien, un aspecto medular para analizar la temática en cuestión es la de identificar aquellas relaciones laborales con elementos extranacionales que, eventualmente, involucren legislaciones de diferentes países.

A este respecto señala Raso, *“cuando un trabajador nacional de determinado país reside y trabaja en ese país en las dependencias de un empleador que es de su misma nacionalidad, no hay duda que la ley del país se aplicará a todos los aspectos de la relación”*.⁸

En el mismo sentido anota Racciatti, *“La relación de trabajo puede ser nacional en su totalidad, o puede involucrar o contener elementos extranjeros o extranacionales. En el primer caso, todos sus elementos son nacionales, y afectan por tanto a una sola sociedad nacional. Un caso totalmente nacional afecta e interesa (en principio) a una sola sociedad nacional. En el segundo, el contrato no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sola sociedad nacional. Desde el punto de vista teórico, bastaría con que uno solo de los elementos fuere extranjero para caracterizar la relación extranacional. Ello no es así desde el punto de vista positivo. De acuerdo al criterio positivo, las normas de Derecho Internacional Privado no regulan todas las relaciones que tienen elementos extranjeros, sino únicamente aquellas en las que ciertos elementos lo son.”*⁹

Vemos entonces que cuando el vínculo laboral involucra a más de un país y por tanto deja de ser nacional, la situación se complejiza y debemos determinar si esos elementos que la componen internacionalizan la relación, es decir que debemos

⁷ Oscar Ermida Uriarte, *“Globalización y relaciones laborales”*, en "Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI", III Congreso Regional de las Américas, Lima 1999, en revista "Relaciones de trabajo", Santiago 2000, vol. II N° 29, en Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, Año 7, Coquimbo (Chile) 2000, y en "Impactos da Globalização" (Coords. Diana de Lima e Silva y Edésio Passos), São Paulo 2001. Asimismo, en Revista "Pistas" N° 3, febrero 2001, <http://members.nbci.imtrabajo>.

⁸ Juan Raso Delgue, *“Sobre principios de Derecho Internacional del Trabajo”*, en Revista de Doctrina y Jurisprudencia e Informaciones Sociales, T. XXXI, p. 705.

⁹ Octavio Racciatti, *“Conflicto de leyes y de jurisdicciones en materia laboral”*, en Revista de Derecho Laboral, T. XXXV – No. 167, Julio-Setiembre 1992, p. 607.

identificar y definir los elementos relevantes de extranjería que se encuentran presentes en la relación.

En efecto, no todos los elementos de extranjería determinan la internacionalidad del vínculo, sino solamente cuando estamos frente a aquellos que el sistema jurídico determina como aptos para dotar de internacionalidad al contrato laboral.¹⁰

Dado que en un solo caso pueden aparecer varios elementos (la nacionalidad de las partes, el lugar de celebración del contrato, la autonomía de la voluntad, el lugar de ejecución del contrato, etc.), corresponde analizar cuál de ellos puede ser considerado como punto de conexión relevante, o cuál de ellos es el factor concluyente a efectos de determinar las reglas que regirán la relación.

a. La nacionalidad de las partes

Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Apéndice del Código Civil y todas las Convenciones Interamericanas, Convenios Bilaterales y Multilaterales vigentes para Uruguay, descartan la nacionalidad como punto de conexión y elemento extranjerizante de la relación.

En este mismo sentido, la doctrina ha expresado *“para el derecho uruguayo, el hecho de que una parte contratante tenga nacionalidad argentina y la otra uruguaya, estando ambos domiciliados en Uruguay es irrelevante, no constituye un elemento foráneo, porque la nacionalidad no es - para el orden jurídico uruguayo - un elemento extranjerizante de la relación jurídica.”*¹¹

Por tanto, no hay dudas que la nacionalidad de las partes no es un elemento hábil para determinar la internacionalidad de la relación jurídica, en el caso a estudio, de una relación laboral.

No obstante lo manifestado en los párrafos que anteceden, resulta importante advertir que parte de la doctrina laboral que ha analizado las reglas aplicables a las relaciones internacionales de trabajo, contrariamente ha expresado que uno de los elementos extranjerizantes de la relación jurídica es la diferente nacionalidad entre las partes. En efecto, expresa Raso que *“la ley del país del que es nacional el trabajador -o del empleador en su caso- regulará en determinadas circunstancias la actividad laboral de ese trabajador -o empleador- en el extranjero. Utilizando una expresión más gráfica, podríamos decir que existe una verdadera ultraterritorialidad de la ley que emigra al exterior junto al trabajador o a la empresa”*.¹²

Entendemos desajustada la afirmación ya que tanto a nivel teórico como positivo, se ha rechazado a la nacionalidad como elemento extranjerizante de la relación. Tal como anota Racciati *“la nacionalidad de los contratantes es un elemento neutro desde el punto de vista del derecho positivo uruguayo, puesto que el DIP uruguayo no lo tiene en cuenta para caracterizar el extranacional.”*¹³

b. Lugar de ejecución del contrato y domicilio de las partes

Descartada la nacionalidad como punto de conexión relevante, debemos analizar cuáles son esos verdaderos elementos que permiten concluir que estamos ante una relación laboral internacional.

¹⁰ En este sentido, Fresnedo sostuvo: *“La relación jurídica internacional es aquella que tiene un componente foráneo relevante. Para asignar relevancia a un elemento es necesario referirse a un orden jurídico; no se puede definir en abstracto.”* (Cecilia Fresnedo de Aguirre, en Curso de Derecho Internacional Privado, T. I Parte General, 2001, p. 21).

¹¹ Cecilia Fresnedo de Aguirre, Ob. Cit., p. 21.

¹² Juan Raso Delgue, Ob. Cit., p. 705.

¹³ Octavio Racciatti, Ob. Cit., p. 607.

En nuestro sistema normativo, en la relación jurídica contratos, el elemento de extranjería relevante está determinado por el lugar de cumplimiento de dicho contrato. Al definirse el punto de conexión “lugar de cumplimiento”, cuando se refiere a la prestación de servicios, se le da relevancia a dos criterios: el domicilio del deudor y el lugar donde se presta el servicio.

Es decir que, para que una relación de trabajo sea internacional y resulten de aplicación las normas del Derecho Internacional Privado, se tienen que dar las siguientes situaciones: i. que el contrato de trabajo se celebre entre partes con domicilio en países diferentes; ii. que el trabajo para el que fue contratado deba ser desarrollado en un estado diferente al de su domicilio.

Si se presentan alguna de las dos situaciones mencionadas, el contrato laboral tiene vínculos con más de un estado y por tanto resulta aplicable el Derecho Internacional Privado, lo que permitirá hallar la fuente normativa competente para resolver el conflicto de leyes y su jurisdicción, por lo que será tarea de los operadores jurídicos determinar en cada caso de que forma resolver el conflicto de leyes.

IV. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO URUGUAYO

Como venimos de ver, para que la protección del trabajador migrante sea real, es necesario, además de protegerlo desde el derecho laboral y de seguridad social, que se le asegure el acceso a la justicia.

La contracara necesaria de lo anterior, es que mediante reglas claras de jurisdicción competente a las relaciones jurídicas internacionales, se brindará certeza jurídica a las partes integrantes de la relación laboral internacional.

En efecto, a la hora de contratar un empleado migrante (en los casos que constituye una relación internacional de trabajo según lo visto en el presente trabajo), resulta indispensable que las partes sepan claramente cuál será la ley aplicable y jurisdicción competente a esa relación. Esto sólo puede lograrse con la existencia de normas claras que brinde solución expresa a esta temática.

De lo contrario, se dependerá de la aplicación que realice la jurisprudencia sobre distintas normas que no fueron expresamente dictadas para la materia laboral. Lo que se torna peligroso para la empresa y el trabajador, ya que ninguna de ellas tendrá certeza sobre aspectos centrales como son la ley que les aplica a su vínculo y qué Juez asumirá jurisdicción en caso de existir un litigio.

En función de lo anterior, a continuación veremos cuál es la regulación que el derecho positivo uruguayo brinda sobre jurisdicción competente a contratos internacionales de trabajo, para luego analizar en qué posición queda el trabajador migrante frente a esta normativa.

En el derecho uruguayo no existe ningún Tratado, Convenio o Convención que regule en forma expresa la jurisdicción competente en materia de contratos internacionales de trabajo. Frente a la inexistencia de normas supranacionales de derecho internacional privado que resuelvan el caso, debemos acudir a las normas nacionales de derecho internacional privado. En este caso el artículo 2401 del Código Civil para determinar la jurisdicción competente.¹⁴

¹⁴ Ante la ausencia de Tratados sobre Derecho Internacional Privado Laboral, resulta de aplicación las normas ubicadas en el Apéndice del Código Civil. En este sentido, el profesor PLA RODRÍGUEZ sostuvo “...por ley 10084 del 3 de diciembre de 1941 se incorporó un apéndice al Título final del Código Civil que reemplaza a los artículos 4 y 5 del Título Preliminar y que se ha entendido como formando

Este artículo establece: “*Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones. Tratándose de acciones personales patrimoniales, éstas también pueden ser ejercidas, a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado.*”.

Recoge el criterio del paralelismo o criterio Asser¹⁵, según el cual la ley aplicable determina el Juez competente al caso. En definitiva, lo primero será determinar cuál es la ley aplicable, y una vez hallada esta solución, los Jueces de ese Estado resultarán competentes para entender en cualquier controversia surgida del mismo.

Ahora bien, en materia de ley aplicable, no existe ninguna norma supranacional, ni norma nacional de derecho internacional privado que brinde solución específica a contratos internacionales de trabajo¹⁶. Ante la falta de normativa específica en materia internacional laboral, para determinar la ley aplicable debemos recurrir al artículo 2399 del Código Civil que regula los contratos internacionales¹⁷.

Este artículo establece: “*Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.*”

Y el Tratado de Derecho Civil de 1889 al que remite expresamente esta norma, en su artículo 34 establece: “*En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.*”

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

parte de este Título, o sea, con alcance general para todas las leyes y no sólo para las Civiles. Dentro de estos 12 artículos no hay ninguno que se refiera a las relaciones laborales; pero alguna jurisprudencia ha entendido que puede ser aplicable directamente o por analogía el art. 2399 del Código Civil...” (Américo Pla Rodríguez, en Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones sociales; T XXV, No. 127; p. 550 y 551).

¹⁵ Se lo denomina criterio Asser en homenaje al profesor holandés Tobías Asser, que fue el creador de este criterio según el cual la ley aplicable al caso internacional determina la jurisdicción competente que aplica a este.

¹⁶ En este sentido, podemos ver por ejemplo: Américo Pla Rodríguez, “*Régimen Jurídico Aplicable a las Relaciones de Trabajo en el Plano Internacional*” en Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales, T. XXV; No. 127, p. 555; SCJ en Sentencia No. 686/1994 del 29 de julio de 1994; TAT 2° en Sentencia No. 9/2013 del 6 de febrero de 2013; TAT 1° en Sentencia No. 52/2012 del 14 de marzo de 2012; TAT 3° en Sentencia No. 306/2008 del 11 de agosto de 2008.

¹⁷ En este sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno, en Sentencia No. 487/2011 del 19 de octubre de 2011 sostuvo: “*Al respecto la Sala ha expresado que a los efectos de resolver la cuestión litigada, debe advertirse que no existen normas convencionales que puedan aplicarse. En función de ello habrá que acudir a lo dispuesto en el Apéndice del C. Civil...*”. En igual sentido se pronunció también la SCJ en sentencia 82/2005 del 20 de abril de 2005 al sostener: “*De modo que, tratándose de una relación extra-nacional resultan de aplicación las normas de Derecho Privado Internacional contenidas en el apéndice del Código Civil (arts. 2393 a 2405), al no existir normas convencionales de distribución de la competencia internacional (ausencia de tratados laborales internacionales)*”. Ver también los siguientes fallos: TAT 1° Turno en Sentencia No. 438/2011 del 14 de setiembre de 2011; TAT 3° Turno en Sentencia No. 64/1999 de 14 de abril de 1999; TAT 3° Turno en Sentencia No. 8/1999 del 5 de febrero de 1999.

a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos.

c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.”

Como se desprende de la propia norma, estas soluciones establecidas para determinar donde se cumplen los contratos, determina que la ley aplicable podrá variar en cada caso. Cabe precisar que se trata de soluciones que deben aplicarse preceptivamente, con prescindencia del lugar de cumplimiento fáctico de los contratos¹⁸.

Habrá que analizar cada contrato internacional de trabajo para evaluar en cuál de las distintas hipótesis previstas por la norma encuadra y en función de ello determinar cuál será la ley aplicable al caso laboral internacional. Una vez determinada la ley aplicable según estas reglas estaremos en condiciones de establecer cuál es el Juez competente: el del país cuya ley resulta de aplicación.

En consecuencia, en la diversidad de casos, podremos encontrar hipótesis en las que siguiendo la solución que combina los artículos 2399 y 2401 del Código Civil, resulte realmente dificultoso al trabajador acceder a la justicia por cuestiones fácticas.

Ante esta situación, se ha utilizado por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional el principio protector, en su expresión de la norma más favorable. Mediante la utilización de este principio, se ha sostenido que el trabajador puede elegir los Tribunales a los que acudir ante un litigio derivado del contrato internacional de trabajo, dejando incluso de lado la solución normativa antes analizada.

La posibilidad de utilizar el principio protector en estos casos para determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente, así como el alcance y límites en caso de entender correcta su utilización, ha sido objeto de posiciones diferentes entre los autores.¹⁹

¹⁸ En este sentido, la Dra. Fresnedo, comentando un fallo judicial sostuvo: “*Más grave aún resulta la interpretación del punto de conexión “lugar de cumplimiento” que realiza el Tribunal, la cual se aparta del tenor literal de la norma y de la doctrina nacional más recibida. Lo primero, porque el art. 2399 establece claramente que el lugar de cumplimiento debe determinarse “de conformidad... con las reglas de interpretación contenidas en los arts. 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”. Y lo segundo, porque formula referencias parciales a la obra del maestro uruguayo Alfonsín, lo que lo lleva a conclusiones diferentes a las planteadas por éste en su obra citada por el Tribunal. Las reglas de interpretación referidas son preceptivas y están basadas en presunciones. Ello se debe, como claramente concluye Alfonsín, a que “el sistema de la lex loci solutionis no puede aplicarse automáticamente a todos los contratos; para conocer el lugar de ejecución es preciso, en efecto, penetrar la naturaleza jurídica de cada tipo de contratos a fin de discernir la obligación típica de cada cual.” Pero –y esto es lo que no tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo comentado–, “esta labor no se puede realizar (...) libremente, sino con el auxilio de una lista de presunciones que nos señale preceptivamente el lugar de ejecución de cada tipo de contratos. Se sobrentiende que esta lista, anexa al principio general, es la que en definitiva designa la ley aplicable al contrato, y la que en definitiva designa la ley aplicable en cada caso.”*”

Entendemos que la interpretación que hace Alfonsín de las normas vigentes del Apéndice del Código Civil y de los Tratados de Montevideo es la correcta, más allá del juicio de valor que de ella se pueda hacer. Es lo que establecen las normas. El propio Alfonsín reconoce que la ley del domicilio del deudor, utilizada como presunción en varias hipótesis del art. 34 del Tratado de 1889 (y en el art. 38 del Tratado de 1940), como la de compraventa de cosa de género en el caso que se comenta, “aun cuando se aplica a título de lex loci solutionis, no es la ley del lugar donde efectivamente se ejecuta la obligación típica.” Y comenta al respecto: “De todos modos, los inconvenientes son de pequeña entidad comparados con la utilidad satisfactoria del Tratado...” (Cecilia fresnedo de Aguirre, “*Jurisprudencia uruguaya en materia de contratos internacionales*”, en sitio oficial de ASADIP (www.asadip.org), 8 de noviembre de 2012).

¹⁹ Puede observarse un ejemplo de las distintas posiciones en los siguientes trabajos: Oscar Ermida Uriarte, “*Derecho del trabajo internacional, contrato de ajuste y personería laboral del empleador*” en

Sin ingresar en valoraciones sobre las diferentes posiciones (lo que no es objeto del presente trabajo), puede observarse que la posibilidad de que prospere un reclamo, depende de la amplitud con que cada Tribunal recoja la aplicación de la norma más favorable en estos casos. Esto genera una absoluta falta de certeza jurídica, tanto al trabajador, como para la empresa empleadora.

V. LA NORMA DE CONFLICTO MATERIALMENTE ORIENTADA COMO SOLUCIÓN A ESTA PROBLEMÁTICA

Ante la problemática antes analizada en relación a la jurisdicción competente, la necesidad de tener reglas claras que permitan asegurar al trabajador el acceso a la justicia y por otro lado que brinde certeza al empleador sobre las reglas que le serán aplicables, cabe preguntarse cuál sería la solución.

A nuestro entender, la forma de resolver esta problemática está en la consagración de una norma de conflicto materialmente orientada. Se trata de normas que tienen la estructura de la regla de conflicto, que mediante un punto de conexión determina cuál será la ley aplicable al caso.

Pero la particularidad de esta regla de conflicto consiste en que la propia norma busca un determinado resultado, como por ejemplo favorecer a una parte de la relación (lo que sucede en el caso de consumidores²⁰ y beneficiario de alimentos²¹), favorecer un negocio jurídico²², beneficiar la circulación de los documentos públicos²³; buscar la restitución internacional de menores²⁴, atacar el tráfico internacional de menores²⁵, entre otros.

Mediante estas normas particulares, se logra superar la principal crítica que recibían los clásicos y su método de resolver el conflicto de leyes mediante reglas de indirectas (denominadas de esta forma porque no brindan una solución directa sino que remiten a una ley nacional).

Así, se criticó duramente a este método, en la medida que sus soluciones implicaban un salto a ciegas, optando por resolver el conflicto mediante la designación de una ley nacional, pero sin analizar mínimamente el resultado que determinaba para el caso concreto.

Estas normas de conflicto establecen un punto de conexión (por ejemplo domicilio, lugar de cumplimiento, lugar de celebración, lugar de situación de los bienes, etc.), el que una vez configurado se vuelve inamovible y determina la aplicación de una ley que se desconoce qué resultado concreto aparejará.

Cuando se dota a la norma de conflicto de una orientación material se supera esa crítica, ya que la propia norma brinda soluciones que buscan un sentido determinado.

Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales, tomo XXIV, número 121. Enero- Marzo 1981; Ariel Nicolliello, *“Alcances de la regla de la norma más favorable en la determinación de la ley aplicable y jurisdicción competente en derecho internacional del trabajo”* en Revista Judicatura, N° 40, Año 1999, p. 335 y 338; Juan Raso Delgue, Ob. Cit., p. 703.

²⁰ Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción en Materia de Relaciones de Consumo.

²¹ Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

²² Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas.

²³ Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero.

²⁴ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Convenios bilaterales Uruguay-Chile, Uruguay- Argentina y Uruguay-Perú sobre restitución Internacional de Menores.

²⁵ Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

Así, se permite por ejemplo al beneficiario de alimentos elegir el Juez competente que prefiera entre varias opciones que da la norma y este Juez elige la ley que más lo favorezca²⁶. Es decir que mediante opciones de ley aplicable y Juez competente se permite obtener el resultado querido: favorecer la dación de alimentos.

La herramienta que significan estas normas de Derecho Internacional Privado es hábil para resolver la problemática en análisis. La consagración de una norma de conflicto materialmente orientada que le permita al trabajador, en caso de conflicto, optar por el Juez ante el cual presentar el reclamo (entre opciones expresamente dadas por la norma), resolvería en forma favorable este tema. Por una parte permitiría que, mediante la opción entre diversas alternativas, se garantice al trabajador un real acceso a la justicia; y, por otra parte, permitiría que la empresa que pretende contratar a un trabajador migrante en el marco de un contrato internacional de trabajo, sepa exactamente cuál puede ser la jurisdicción competente.

VI. EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. ANÁLISIS DE LA SOLUCIÓN BRINDADA

Las normas incluidas en el Apéndice del Código Civil, del 3 de diciembre de 1941, aún permanecen plenamente vigentes con aquellos países con los que Uruguay no tiene Tratado que lo vincule.

La fecha de creación de esta norma explica por qué no se consideró a los contratos de trabajo como una categoría a regular. En efecto, en la época de elaboración del Apéndice del Código Civil, las relaciones laborales solían desarrollarse plenamente en el ámbito nacional, siendo la internacionalidad de estos vínculos una situación muy excepcional. Lo mismo ocurre con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Existe un Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado en el parlamento²⁷, que prevé soluciones específicas en materia de contratos internacionales de trabajo. La aprobación de este proyecto significaría para los contratos internacionales de trabajo, al igual que otras temáticas de Derecho Internacional Privado, ajustar la regulación a las necesidades actuales de la materia.

El artículo 56 del referido proyecto establece que los Tribunales de nuestro país serán competentes cuando:

i. La parte demandada se domicilie en nuestro país o haya constituido domicilio en la República;

ii. La parte demandada tiene en el territorio nacional establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación, a través de la cual ha celebrado el contrato o ha intervenido en el hecho que da origen al juicio;

iii. Cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uruguaya según las normas sobre conflictos de leyes de la República²⁸;

²⁶ Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

²⁷ Lamentablemente este Proyecto ha perdido estado parlamentario, ya que el 14 de febrero de 2015 pasó a archivo por fin de la legislatura (ver www.parlamento.gub.uy/websip/lisficha/fichaap.asp?Asunto=118886).

²⁸ El artículo 50 numeral 6 del Proyecto prevé una solución específica en materia de ley aplicable a las relaciones laborales internacionales. Indica que los contratos individuales de trabajo (excepto los de trabajo a distancia) se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo, o por la ley del domicilio del trabajador, o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Una vez determinada la misma regirá la relación en todos sus aspectos.

iv. Para juzgar la pretensión objeto de una reconvenición, cuando tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio mérito a la misma;

v. Para conocer de una demanda en garantía o intervención de terceros en el proceso, siempre que exista conexión razonable entre las pretensiones y no se afecte el derecho de defensa de los terceros citados;

vi. Para conocer de demandas o pretensiones que se encuentren ligadas por estrechos a otra cuyo respecto los tribunales de la República sean competentes en la esfera internacional, cuando exista interés en instituir las y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar soluciones inconciliables si los procesos se entablaren en distintas jurisdicciones internacionales;

vii. En caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente;

viii. Cuando aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos: a) la intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia, b) que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero, c) el caso tenga vínculos relevantes con la República, d) sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso; y e) la sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución; y,

ix. Para adoptar medidas provisionales o conservatorias, aun cuando no sean competentes para conocer el fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 535 del Código General del Proceso.

Adicionalmente, el artículo 58 literal e) prevé una solución específica en materia laboral. El mismo establece que los Jueces nacionales tienen competencia cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en nuestro país.

La sola lectura muestra que se trata de una norma que brinda diversas posibilidades para que un trabajador migrante, que requiere intervención de la justicia pueda acceder a ella. A las bases generales de jurisdicción que brinda el artículo 56 del proyecto antes referido, se agrega una solución específica que permite al trabajador reclamante, que se encuentra domiciliado en Uruguay, acudir a los Tribunales uruguayos (de su domicilio), sin importar el domicilio del empleador ni dónde se desarrolló la prestación de actividad bajo relación de dependencia.

Este proyecto tiene la virtud de garantizar el acceso a la justicia, en la medida que asegura que ningún sujeto parte de una relación internacional (en este caso de trabajo) quede sin posibilidad de presentar un reclamo judicial.

VII. LA NECESIDAD DE CONSAGRAR NORMAS ESPECÍFICAS EN TRATADOS INTERNACIONALES PARA EVITAR LA APLICACIÓN DE SOLUCIONES DISPARES

Compartimos la línea seguida por el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado en materia de jurisdicción competente a los contratos internacionales de trabajo y entendemos resultaría beneficiosa la aprobación del mismo.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que es recomendable que Uruguay trabaje con otros Estados (particularmente con los Estados de la región) en la creación de Tratados que contengan solución a la temática en estudio.

En caso de aprobarse el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado habrá una solución que será de aplicación obligatoria a los operadores jurídicos en Uruguay, incluidos los Jueces. Sin embargo, para que esa solución sea obligatoria en todos los Estados involucrados en el caso internacional, ésta debe provenir de un Tratado ratificado y vigente para dichos Estados.

Si bien entendemos plausible la solución del Proyecto, en la medida que solo es obligatorio para Uruguay, el reconocimiento en otros Estados de sus soluciones, así como de una eventual sentencia dictada por Tribunales Laborales uruguayos, dependerá de lo que dispongan las leyes nacionales de Derecho Internacional Privado de esos otros Estados.

En caso de celebrarse algún tratado bilateral o multilateral, que brinde soluciones específicas sobre ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento de sentencias laborales extranjeras, se elimina esa posible divergencia y sería de aplicación obligatoria para todas las partes sin importar en qué Estado parte se encuentren.

VIII. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia como derecho humano fundamental debe ser protegido en su efectivo goce. En la regulación actual no existen normas específicas que determinen cuál es la jurisdicción competente para entender en litigios en el marco de la existencia de contratos internacionales de trabajo.

Ante esta ausencia de reglas claras, en la práctica se genera falta de certeza jurídica que se traduce en una desprotección de las partes.

Atendiendo a esta problemática entendemos que resulta conveniente la aprobación de normas que contengan soluciones específicas, como el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado y también la elaboración de tratados internacionales que regulen la temática en cuestión.

TRABAJADOR MIGRANTE. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL ACCESO AL EMPLEO

Por Virginia Perciballi y Betiana Quintana.

Sumario: 1. Introducción. 2. Consideraciones teóricas sobre el Principio de igualdad de trato. 2.1. Marco conceptual general. Alcance. 3. Derecho al acceso al empleo. 4. Algunas reflexiones finales.

1. Introducción.

En la presente minuta se pretende analizar el alcance del principio de igualdad de trato, con especial referencia a la vinculación con el derecho al acceso al empleo de los trabajadores migrantes

A tales efectos, revisaremos la normativa internacional – regional, centrándonos en los convenios internacionales N° 97, 111 y 143, la Declaración Sociolaboral del Mercosur y a nivel nacional la ley 18.250.

Por último, presentaremos algunas conclusiones primarias.

2. Principio de igualdad de trato.

2.1. Marco conceptual general. Justificación del tema.

Parece pertinente poner de manifiesto que el principio de igualdad de trato ya sea entre nacionales o extranjeros es un pilar básico y fundamental del Derecho Laboral, recogido tanto en normas internacionales y nacionales, como por la moderna doctrina laboral, sin perjuicio del alcance espacial que se le pretenda dar en ámbitos regionales, a través de su incorporación en los distintos documentos¹. Actúa como un principio informador tanto del Derecho del Trabajo como de todo el ordenamiento jurídico, y forma parte inescindible de los procesos de interpretación e integración de las normas jurídicas. Su carácter supra legal le impide al legislador nacional optar por la aplicabilidad o no de dicho principio, siendo entonces de aplicación inmediata. Proceso que en el ordenamiento jurídico uruguayo se lleva adelante a través de los artículos 72 y 332 de la Constitución de la República.

Este principio tiene como punto de partida suponer la ausencia de toda discriminación, entre nacionales y extranjeros en un territorio determinado; trasladando su aplicabilidad al marco de una relación de trabajo; relación que por defecto requiere la presencia de varios sujetos comprendidos en una misma situación, a efectos de establecer un comparativo entre los mismos, y dirimir la eficacia de la aplicación o no, de este principio en el mundo del trabajo. Ello lo podemos visualizar desde varias perspectivas, que van desde el acceso al empleo en las primeras etapas de generación de un vínculo de trabajo, hasta los procesos de amparo a la seguridad social en el final del mismo.

La consagración del principio de igualdad de trato desde la proyección laboral inhibe al sujeto empleador de propinar un trato desfavorable o arbitrario hacia un trabajador o un grupo de trabajadores frente a otros trabajadores que se encuentran en situación comparable². Tal como expresa Luigi Ferrajoli³ la igualdad está ceñida en

1 Ermida Uriarte, Oscar, “Mercosur y Derecho Laboral”, FCU, Pág 28 y ss, Montevideo, 1996.

2 Rojo Caamaño, Eduardo, “El Principio de Igualdad de Trato en el Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXI, año 2000, pág. 27 ss.

primer lugar por una serie de factores, que nos definen como seres humanos (y aun como trabajadores) diferentes; entendido esto como diversidad de entidades personales. En segundo lugar, conforme una multiplicidad de circunstancias de vida materiales y sociales, somos diferentes, ya sea por sexo, nacionalidad, lengua, religión, raza, etc. Son éstas mismas diferencias y desigualdades las que en definitiva limitan el goce efectivo de los derechos humanos e incluso de los derechos humanos laborales y requieren en consecuencia la tutela de esas diferencias.

Analizadas estas primeras cuestiones sobre el principio en si, es conveniente referenciar quienes son entonces los trabajadores migrantes y que es lo que ocurre con los fenómenos migratorios, principalmente en lo que atañe a nuestra región que a partir de la década de los 90, se propuso crear a instancias del Mercado Común del Sur, un mercado de libre circulación de bienes y personas, que aun hoy permanece sin mayores innovaciones en políticas migratorias comunes. En este sentido, cuando hablamos de “trabajador migrante”, debemos pensar en aquel sujeto que cumple con las siguientes condiciones: a) hablamos de una persona física que decide trasladarse desde un país a otro, traspasando no solo fronteras físicas sino también económicas, b) se vuelve un extranjero en el país de acogida, c) el traslado persigue como objetivo la búsqueda de empleo y la mejora económica, lo que en muchos casos involucra no solo al sujeto que se traslada sino también a su familia de origen, y d) el empleo se desempeña tanto por cuenta ajena como por cuenta propia⁴. Sin perjuicio de algunas otras cuestiones que pueden definir a éste tipo de trabajador, como por ejemplo la forma regular o irregular de ingreso al nuevo territorio, la duración de los servicios que va a prestar en el mismo, cumplimiento con los requisitos de permanencia en el país de acogida, como por ejemplo en nuestro territorio el trámite del documento de identidad y posteriormente la residencia, etc.

Como respuesta al fenómeno de la migración⁵ y dando cuenta del impacto a nivel del derecho del trabajo, en el año 2004, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó un Marco Multilateral para las migraciones laborales como parte de un plan de acción para los trabajadores migrantes⁶. El objetivo de este Marco era colaborar con lograr una mejor gestión de la migración laboral para que contribuya positivamente al crecimiento y al desarrollo tanto de los países de origen como de los receptores, así como de los propios migrantes.

En el ámbito regional podemos señalar la Ley 18.349 (Acuerdo contra el Tráfico ilícito de migrantes entre los Estados parte del Mercosur) y la Ley 17.927 (Acuerdos sobre residencia para nacionales de los estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile), además de la existencia de otros instrumentos jurídicos que versan sobre la materia.

Sin perjuicio de lo cual, al momento de gestarse el Mercosur existía una nómina generada por los países miembros de Convenios Internacionales del Trabajo (CIT) que debían contar con la aprobación y ratificación común de todos los integrantes, entre los cuales se encontraban CIT cuya vocación es la regulación de la igualdad de trato, libre circulación y seguridad social de los trabajadores migrantes. En esa nómina se

3 Ferrajoli, Luigi. El Principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la dogmática jurídica. FCU, Montevideo, 12 de junio de 2008.

4 Conforme señalan Rivas, Daniel y Goldin, Adrián O. en “Trabajadores inmigrantes en el ámbito del Mercosur”, Revista de Derecho Laboral, Tomo XXXV, Julio-Setiembre de 1992, pág 499 y ss.

5 Ver: Domínguez, Josefina y Godenau, Mujica, Las migraciones internacionales en el siglo XXI en: Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea, Ed. Bomarzo, 2010, pág. 55 y ss.

6 Informe trimestral realizado por el equipo de investigación del Instituto Cuesta Duarte. PIT-CNT, febrero 2013. Ob. Cit.

encontraba el CIT N° 97 sobre Trabajadores Migrantes, cuya vigencia data del año 1952, sin embargo al día de hoy cuenta exclusivamente con la aprobación de Brasil, Uruguay y Venezuela. Otros convenios internacionales de vital importancia con carácter específico en cuanto a libre circulación y seguridad social, no fueron incluidos en aquella oportunidad, como es el caso de los CIT N° 143, 118 y 157; algunos de éstos ni siquiera ratificados por ninguno de los estados miembro, pero si se aprobó por parte de todos los países el CIT 111, cuyo contenido es genérico, relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación⁷

En definitiva y al decir del Profesor Mantero De San Vicente: *“La lesión a la libertad de movimiento no es la única ni la mas importante lesión a la dignidad de la persona humana en que se incurre cuando se niega el derecho a la migración internacional. Sin duda, la lesión fundamental a la dignidad de la persona humana que se da al limitarse la libertad de movimiento internacional, se produce cuando esa limitación tiene relación con el ejercicio del derecho al trabajo. Es imposible no advertir que, en nuestra época, la violación del derecho a migrar se manifiesta casi siempre como una violación al derecho de trabajar”*⁸, y este es el tema que nos ocupa.

2.2. Alcance.

Conforme el concepto de igualdad de trato que expusieramos, en lo referente a su alcance es de destacar que el derecho internacional a través de las distintas organizaciones internacionales y de los distintos instrumentos normativos con los que cuenta en su haber, se ha centrado especialmente en cuatro áreas de importancia: 1) búsqueda de métodos estructurales para inhibir la discriminación y proteger la igualdad; 2) definir si la voluntad discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; 3) fijar un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y finalmente 4) coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación⁹. Mientras que al momento de remitir esto los fenómenos migratorios, entendemos que no solo se ha tomado como base fundamental este cúmulo jurídico supra legal, sino que además se le han agregado distintos instrumentos específicos como por ejemplo los CIT N° 97, 143, 118 y 157.

3. Derecho al acceso al empleo.

Corresponde ahora reflexionar sobre el principio de igualdad de trato respecto a los trabajadores migrantes en oportunidad del acceso al empleo. En este sentido se revisarán en el ámbito internacional - regional los CIT N° 97, 111 y 143 así como la Declaración Socio-laboral del Mercosur.

Como bien se sabe, el trabajador que circula hacia otro territorio lo hace como recurso a su urgente necesidad de conseguir empleo. Al respecto, señala Ermida Uriarte¹⁰ no se emigra en procura de un trabajo para ganar un diez o veinte por ciento más, sino por una imperiosa necesidad de sobrevivencia. Con lo cual, una de las

7 Ermida Uriarte, Oscar, ob. Cit. Pág 29. El CIT N° 111, ha sido ratificado por todos los países miembros del Mercosur, el CIT N° 97 solo cuenta con las ratificaciones de Brasil, Uruguay y Venezuela, mientras que el CIT N° 143 solo ha sido ratificado hasta el momento a nivel regional por Venezuela. Todos ellos, permanecen en vigor en los países que los han ratificado, no contando con denuncias hasta el momento.

8 Mantero, De San Vicente, Osvaldo, El derecho a migrar, FCU, Montevideo, 2010, pág. 98 -99.

9 Bayefsky, Anne F., El Principio de Igualdad o no Discriminación en el Derecho Internacional (The Principle of Equality or Non Discrimination in International Law), publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, págs 1 a 34

10 Uriarte Ermida, Oscar, Derecho a migrar y derecho al trabajo, en: Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos”. Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2009, pág. 27.

dificultades del trabajador que migra puede originarse en las posibilidades del acceso al empleo, en tanto no se le requieran las mismas condiciones y requisitos para el ingreso que a los trabajadores que residen en el territorio. Por consiguiente cabe valorar una posible hipótesis de discriminación a la hora de contratar a ese trabajador migrante. Discriminación, que acontecería previo al inicio de la relación laboral, basada en su condición de migrante.

Al respecto la doctrina argentina dando cuenta de la cuestión ha señalado: “*En los casos de los países integrantes del Mercosur, pero en especial referencia a la república Argentina, sabido es que en su evolución histórica, desempeño un rol, de receptor y expulsor de excedentes demográficos... Agudizándose en los últimos años con la complicidad o inoperancia de los responsables de proteger los derechos del migrante...*”¹¹

Los obstáculos a la hora de acceder al puesto de trabajo podrán presentarse en forma explícita por preferencias en el ingreso de trabajadores según el origen o procedencia de estos, su calidad de residente o no del Estado empleador. Y de forma ya más implícita en aquellos casos en que se establezcan preferencias o limitaciones por cuestiones de raza, religiosas ó idiomáticas, propias o naturales de su condición de trabajador extranjero.

El acceso al empleo del trabajador que migra en igualdad de condiciones con los nacionales se puede proyectar en el más amplio derecho a buscar empleo, a permanecer en otro país para buscar el empleo, a postularse y ser seleccionado posteriormente para el puesto. Comprende además, el derecho a recibir de las agencias privadas de colocación y búsqueda de empleos, así como de las oficinas públicas con idéntica finalidad la misma información y asesoramiento que cualquier trabajador nacional.

Cabe resaltar que, en el proceso de búsqueda de empleo, no son ajenas cuestiones tales como las barreras que impone la falta de ciudadanía legal, las facilidades para revalidar los estudios técnicos requeridos para el puesto, la verificación de antecedentes acreditantes de experiencia previa, así como la falta de redes de contactos en las personas migrantes y/o los llamados “retornados”¹².

Corresponde ahora analizar la recepción del principio de igualdad de trato en relación con el acceso al empleo en los instrumentos emanados de la OIT.

El CIT N° 97 dispone que los Estados están obligados a dispensar un trato igualitario a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, y especialmente refiere a la remuneración, horas de trabajo, vacaciones pagadas, trabajo a domicilio, edad mínima de admisión al empleo, trabajo de las mujeres, aprendizaje y formación profesional (artículo 6.1). La citada norma prevé la protección al trabajador migrante a través de la exigencia de un trato igual, garantizando el respecto los derechos propios de la relación laboral.

Al respecto Daniel Rivas y Adrián Goldín comentando los artículos 1 y 2 del citado convenio advierten que: “*los estados que hayan ratificado el referido convenio tienen la obligación de poner a disposición de la OIT ó de cualquier otro miembro la información y asesoramiento necesario sobre las condiciones de la emigración e inmigración de trabajo y de vida.* En este contexto señalan los referidos autores que: *se*

11 Moreno, Alicia, Los derechos fundamentales en el derecho comunitario. La discriminación, en: Derecho de la Integración, N° 3, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, 1995, Pág. 215 y 216.

12 Ver: Informe: “Hacia un Plan Nacional contra el Racismo y la Discriminación”, M.E.C., Montevideo, 2011.

pretende proteger a los migrantes contra la propaganda engañosa tendiente a fomentar corrientes migratorias...”¹³

No obstante las puntualizaciones realizadas, no contiene - en principio - referencia expresa que regule el acceso al empleo del trabajador migrante.

En los Anexos I y III del referido Convenio se regula el proceso de reclutamiento, introducción y colocación de los trabajadores migrantes. El ámbito de aplicación queda establecido para aquellos trabajadores que hayan sido reclutados - en virtud de acuerdos celebrados sobre migraciones colectivas - en un Estado (originario del trabajador contratado) para prestar su trabajo en otro Estado (del empleador contratante).

Al respecto, se establecen un elenco de garantías que se deberán observar en el proceso de selección y contratación de los referidos trabajadores. La autoridad competente del territorio donde se realicen las contrataciones deberá ejercer una vigilancia sobre las actividades de las personas u organismos provistos de una autorización para llevar adelante los procesos de contratación a efectos de la observancia de las disposiciones del instrumento internacional.

Conforme estas disposiciones los Estados para los cuales se hallen en vigor los Anexos estarán obligados a: remitir el ejemplar del contrato que suscribirá el trabajador migrante contratado antes de su salida del país, que en el mismo se establezcan las condiciones de trabajo y la remuneración ofrecida, además de el envío de otro documento en el cual se expliciten las condiciones generales de vida a las que quedará sujeto en el país de inmigración (artículo 5 del Anexo II del CIT N° 97).

Asimismo se prevé además, que en el marco de las facilidades que deberán procurar los Estados partes respecto al trabajador migrante se establezcan entre otras las siguientes: simplificación de formalidades administrativas, servicios de interpretación; cualquier asistencia necesaria durante un período inicial (artículo 6 del Anexo II).

Finalmente referir al artículo 11 del citado Anexo II el que establece la protección directa y especial al trabajador que tenga la calidad de refugiado o de persona desplazada y que esté sobrante en un empleo, al respecto el Estado donde se encuentre el trabajador deberá realizar todas las gestiones pertinentes a efectos de la obtención de un empleo conveniente para el citado trabajador. Establece además la conveniencia en la adopción de disposiciones que garanticen su manutención, en espera de su colocación en un empleo conveniente, o su establecimiento en otro lugar, todo ello sin que implique perjuicio a los trabajadores nacionales.

Por su parte el CIT N° 143, establece en su artículo 1, el compromiso que asumen los Estados miembros de respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes.

En relación con el derecho al acceso al empleo no hay que soslayar la referencia contenida a que cada Estado deberá tratar de determinar si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente, si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos a condiciones que infrinjan las disposiciones normativas nacionales e internacionales. Tal como viene de referenciarse los Estados deberán ser celosos a efectos de advertir no solo la contratación de trabajadores migrantes de forma ilegal, sino el tránsito y la emigración de su territorio hacia otro Estado con fines de empleo.

De este modo, proscribiendo prácticas de contratación al margen del sistema legal de las relaciones laborales de cada país, quedaría contemplado - aunque de modo

13 Cfme. Rivas, Daniel y Goldín, Adrián O. en: “Trabajadores inmigrantes...ob. Cit., pág 534 y 535.

parcial - el derecho del trabajador migrante al acceso al empleo en un plano de igualdad con los trabajadores nacionales.

Sin perjuicio de lo señalado y especialmente en relación a la protección al acceso al empleo advertimos tres artículos que nos merecen especial atención.

El artículo 8.2 del referido convenio establece que el trabajador migrante (que ha residido legalmente y ha perdido su empleo) deberá beneficiarse de un trato igual al de los nacionales respecto “*a la obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación*”. Así pues, se prevé expresamente que la protección al trabajador migrante recae desde el momento del propio acceso al puesto de trabajo. En este sentido, este trabajador deberá concurrir en pie de igualdad con el nacional en las instancias de obtención de otro empleo o a los procesos de readaptación que implique el nuevo puesto.

Por su parte el artículo 9 del multicitado convenio, establece que ante situaciones en las que no se respeten los derechos laborales del trabajador migrante, deberá poder defender sus derechos ante los organismos competentes nacionales. A nuestro juicio, puede concluirse que se trata de la consagración del derecho al libre acceso a la justicia, contemplando todo tipo de reclamación jurisdiccional que - en el caso que nos ocupa - pueda tratarse de una pretensión fundada en razones de discriminación verificadas en la etapa previa al inicio de la relación laboral (por ej. proceso selectivo).

Finalmente, cabe referir a la disposición recogida en el artículo 10 por el cual se declara que los Estados se comprometen a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas. Aún reconociendo la naturaleza programática de la disposición, cabe resaltar la previsión expresa a la “*igualdad de oportunidades*”, cuestión que comprende el tema que venimos tratando.

Sin perjuicio de ello, el referido convenio admite limitaciones al principio general de igualdad de trato al permitir que la legislación nacional pueda subordinar la libre elección del empleo a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país con fines de empleo durante un cierto período, que no deberá exceder de dos años o, exigencias previas para el caso de un contrato de duración determinada inferior a dos años. En igual sentido admitiría ciertas restricciones respecto a los reconocimientos de calificaciones laborales de ese trabajador migrante, y en el acceso a categorías limitadas de empleos o de funciones, fundadas en el interés del Estado (artículo 14).

Por su parte el CIT N° 111 refiere a la discriminación en el empleo y la ocupación. Incluye de forma genérica en el concepto de discriminación aquella distinción basada en la ascendencia nacional que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. El ámbito de protección de todo acto discriminatorio queda delimitado tanto en el acceso a los medios de formación profesional, la admisión en el empleo y las diversas ocupaciones, como también a las condiciones de trabajo.

A nivel regional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur¹⁴ reconoce derechos sociales fundamentales, todo ello en el marco de un espacio geográfico integrado. Cabe en primer lugar realizar algunas consideraciones en relación con la eficacia jurídica de la citada Declaración. La misma consagra un elenco de principios y directrices que funcionan como lineamientos que sirven de sostén o avances hacia donde deberían direccionarse la legislación de los países miembros. Ello, principalmente al recoger en

14 Suscrita por los Presidentes de los Estados miembros del Mercosur en Río de Janeiro, Brasil, el 10 de diciembre de 1998.

sus considerandos que los Estados partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la humanidad¹⁵.

Por las razones expuestas, la doctrina laboralista ha entendido que el cúmulo de principios y directrices que recoge la referida Declaración integran el *jus cogens*, como orden público internacional, sin requerir su expresa reconocimiento, ratificación o suscripción por parte de los Estados. En efecto, la misma se inscribe en un conjunto de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos y a nivel nacional conforme el artículo 72 de la Constitución constituyen fuente de conocimiento, con lo cual y como corolario de lo anterior puede ser aplicada e invocada por los operadores jurídicos como fundamento de pretensiones jurisdiccionales¹⁶.

Expresamente, la referida Declaración establece el derecho a la no discriminación y la libre circulación de las personas, además de recoger los derechos de trabajadores migrantes y fronterizos (artículos 1 y 4). Al respecto, Ermida Uriarte, señala: “*El principio de igualdad de trato – en el caso, entre nacionales y extranjeros – es, hoy por hoy, un axioma básico de derecho laboral, consagrado en las normas internacionales, al margen de cualquier contexto de integración regional. Esto no hace más que resaltar la importancia del principio y extenderlo al proponer, en la etapa del mercado común, la libre circulación de trabajadores*”¹⁷.

Como se adelantó, la Declaración promueve 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 ó familiar.

Interesa destacar, que expresamente establece la no distinción basada en la condición de nacionales o extranjeros a la hora del acceso al empleo u ocupación del trabajador (artículo 1). En relación con el contenido de la antes citada disposición ha entendido Ermida Uriarte que se trata de un precepto susceptible de aplicación directa ya que garantiza un derecho efectivo o prescribe una actitud¹⁸.

Además, y en relación con los trabajadores migrantes y fronterizos, establece que deberán ser ayudados con la información necesaria para que conozcan sus derechos y deberes. En esta línea de previsión, establece que los Estados en la zona de frontera han de establecer normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de trabajadores, además de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de aquellos (artículo 4).

Resta referir a nuestro ordenamiento jurídico nacional, al respecto la ley N° 18.250 referida a la migración, regula expresamente en sus artículos 16 a 23 el trabajo de las personas extranjeras. Se consagra el principio de igualdad de trato entre los migrantes y los nacionales en el ámbito laboral, además de establecer que a tales efectos el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos amparados en la legislación laboral que sean infringidos a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En ese sentido, establece a cargo de los empleadores de trabajadores extranjeros la obligación de observar en relación a éstos últimos la

15 Ver: Ermida Uriarte, Oscar, La dimensión social del Mercosur, FCU en: Cuadernos de Fundación. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2004, FCU, pág. 32.

16 Ver: Raciatti, Octavio Carlos, Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur en Uruguay, en: Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, AADTSS y OIT, Buenos Aires, 2001, pág. 125 y ss. Barbagelata, Héctor – Hugo, Algunas reflexiones sobre derechos humanos laborales y sus garantías, en: revista Judicatura, N° 41, Montevideo, pág. 134 y ss.

17 Ermida Uriarte, Oscar, Mercosur y derecho laboral, FCU, Montevideo, 1996, pág. 28.

18 Cfrme: Ermida Uriarte, Oscar, La cuestión laboral en el Mercosur, en: Formación Profesional en la Integración regional, Cinterfor, 2000, pág. 133 y ss.

normativa nacional vigente en materia laboral, ello en el marco de un trato igualitario con los trabajadores nacionales. Asimismo, la referida norma proscribire la contratación de personas que se encuentren en situación irregular en nuestro país.

Al respecto creemos que, en tanto la norma utiliza el giro lingüístico “*igualdad de trato con respecto al ejercicio de una actividad laboral*”, la protección se extendería a las instancias de acceso al empleo, en tanto proceso necesario a efectos del efectivo ejercicio de la actividad laboral.

Sin perjuicio de lo recién señalado, no hay que soslayar que la ley consagra una excepción o limitación en tanto prevé que el Estado podrá establecer (en determinadas circunstancias) categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades (artículo 23). En nuestro ordenamiento jurídico, entre las limitaciones a la participación de personal extranjero se encuentran las zonas francas¹⁹, al sector de la pesca, el transporte y la prensa.

De todo lo expuesto podemos afirmar que el principio de igualdad de trato respecto al trabajador migrante se manifiesta en una proyección positiva expresada en el aseguramiento de las mismas condiciones que el trabajador nacional en el acceso al empleo y en el desarrollo de la relación laboral. Y una formulación negativa prohibiendo las relaciones de trabajo que se desarrollen al margen de la regulación laboral nacional.

4. Algunas reflexiones finales:

Con el objetivo de subrayar algunas ideas que parecen haberse definido a partir del presente trabajo anotaremos tres conclusiones preliminares.

1. Actualmente la corriente internacional, y en especial a nivel regional, avanza hacia la clara protección del derecho al libre acceso al trabajo. Proscribiendo aquellas formas de contratación o tolerancia de éstas que impliquen restricciones que acareen una conducta discriminatoria hacia el trabajador.

2. En los instrumentos emanados del ordenamiento jurídico internacional – regional se reconoce ya sea de forma directa o indirecta el recibimiento el principio estudiado. Resulta claro que al menos pesa sobre los estados partes el deber de legislar de forma que se garanticen a los trabajadores migrantes el derecho al acceso al empleo en igualdad de condiciones con el trabajador nacional.

3. Por tratarse de un principio que contempla un derecho humano fundamental como lo es el libre acceso al trabajo, conforma el orden público internacional como norma de jus cogen e ingresa a nuestro ordenamiento jurídico nacional a través del bloque de constitucionalidad a la luz del artículo 72 de la Constitución y puede ser invocado y aplicado por los operadores jurídicos directamente.

19 En el caso de las zonas francas, se exige como mínimo un 75% de mano de obra nacional, no obstante el Poder Ejecutivo puede habilitar excepciones de esta norma cuando no sea posible cubrir puestos de trabajo que requieran calificación específica.

DISCRIMINACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO URUGUAYO

Por Ignacio Zubillaga¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Igualdad de derechos y derecho a migrar. III. Discriminación normativa. IV. Discriminación normativa en Uruguay por motivos de origen nacional. IV.1 Exigencia de determinado tiempo de residencia para el acceso a un beneficio. IV.2 Exigencia de radicación en el país para el cobro de prestaciones de seguridad social. IV.3. Acceso a cobertura de salud de trabajadores extranjeros IV.4. Preferencia de contratación de trabajadores nacionales. V. Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales motivos de discriminación social ha sido, desde siempre, el origen nacional de las personas. Al ilustrar la especial vulnerabilidad en que se encuentra un migrante, señala Mantero “*los migrantes manifiestan una mayor vulnerabilidad ante las enfermedades, tanto físicas como mentales, sufren desocupación, inseguridad e irregularidad en la percepción de sus ingresos y muy a menudo reciben un nivel de instrucción inferior al general, encuentran mayores dificultades en el acceso a los servicios públicos, ocupan viviendas de inferior calidad y tienen menor acceso a la seguridad social, tanto en sus países de origen como en los de arribada*”².

Esta situación de vulnerabilidad en que se encuentra quien ha migrado de país, y que claramente lo ubica como uno de los colectivos más susceptibles a sufrir discriminación por parte de la sociedad, tiene ribetes también en el mundo del trabajo.

En efecto, al menos en el Río de la Plata, no es poco frecuente apreciar la situación de trabajadores provenientes de otros países (fundamentalmente latinoamericanos) que directamente ven relegadas sus posibilidades laborales a actividades donde la informalidad y la violación de derechos laborales son más altas, como es el caso del trabajo doméstico.

Esta realidad fue claramente percibida por la comunidad internacional desde hace ya muchos años. Se puede apreciar que la preocupación por evitar que la nacionalidad se convierta en un factor de discriminación laboral está presente en prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales que contienen una enumeración de las causales de discriminación. A vía de ejemplo, hacen referencia expresa al origen nacional como factor que no puede suponer discriminación la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) y los Convenios Internacionales del Trabajo N° 111 (1951) y 118 (1962) entre otros.

¹ Profesor ayudante de Historia del Movimiento Sindical en la Carrera de Relaciones Laborales de la Universidad de la República (UR); Aspirante a profesor adscripto en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UR); Secretario de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² MANTERO DE SAN VICENTE, O., *El derecho a migrar*, FCU, Montevideo 2010, p. 33

Si bien -como enseñara Ermida Uriarte- es posible sostener que toda enumeración de causales de discriminación resulta enunciativa y no taxativa³; el hecho de que el origen nacional haya sido reconocido expresamente como un factor que puede dar lugar a discriminación, no hace más que demostrar que en la práctica es común verificar discriminación por este motivo.

La intención de la comunidad internacional es, pues, clara: el hecho de ser extranjero no debe suponer una diferencia injustificada en el trato respecto de los nacionales, sea que esa diferencia suponga una ventaja, o -como sucede más habitualmente- una desventaja.

El combate a esta y otras formas de discriminación debe ser librado en todos los campos en que sea posible. Así, será relevante toda política que se pueda implementar al respecto por parte del Estado; también está llamada a asumir un importante rol la jurisprudencia y, sin dudas, la negociación colectiva es también un instrumento fundamental en esta lucha.

Ahora bien, estas formas de combatir la discriminación deben ir acompañadas de una labor normativa, que en línea con el derecho fundamental a la no discriminación reconocido por la comunidad internacional, consagre la igualdad entre trabajadores nacionales y extranjeros. Esta es quizás la primera y más elemental forma de buscar erradicar la discriminación: crear un sistema normativo que busque efectivizar el derecho humano fundamental a no ser discriminado.

Sin embargo, este punto de partida que debería estar dado por la consagración en el ordenamiento jurídico interno de normas (leyes, decretos, resoluciones, etc.) que buscaran garantizar el derecho a la no discriminación, no siempre se respeta. En efecto, en el presente trabajo se identifican algunas situaciones que pueden ser entendidas como discriminaciones normativas, lo que demuestra lo lejos que aún se está de alcanzar el ideal de igualdad reconocido por la conciencia jurídica universal.

II. IGUALDAD DE DERECHOS Y DERECHO A MIGRAR

El caso típico de discriminación por motivos de origen nacional es el que sufre un trabajador extranjero cuando se traslada a un nuevo país y no recibe o no accede a los mismos derechos que tienen los nacionales, tanto en materia de derecho laboral como de seguridad social.

A estos efectos, resulta imperioso garantizar la igualdad de derechos de los extranjeros y los nacionales, de forma que no existan diferenciaciones improcedentes entre ambos colectivos de trabajadores.

Ahora bien, a lo anterior se suma otra forma de discriminación, que reviste un peso considerable sobre todo en materia de seguridad social, y que se da cuando un trabajador que se va al extranjero, ve afectados los derechos adquiridos en su país de origen.

En este sentido, la doctrina ha puesto énfasis en que en la seguridad social internacional rige el principio de conservación de los derechos adquiridos, que garantiza al trabajador migrante que mantendrá aquellos derechos que ya hubiera obtenido en su país de origen, pese a su traslado al exterior⁴.

³ ERMIDA URIARTE, O., *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra N° 1, Montevideo 2011, p. 16

⁴ Vid GARCÍA RODRÍGUEZ; I., *Aspectos internacionales de la seguridad social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991, p. 187 y ERMIDA URIARTE, O., *Los principios de la seguridad social*, en "La seguridad social en el Uruguay", AA.VV., FCU, Montevideo 1991, p. 52.

La necesidad de conservar los derechos que un trabajador adquirió en su país de origen no se explica sólo por el carácter y tendencia internacional de la seguridad social⁵, sino que es corolario de la eficacia de otro derecho humano fundamental: el derecho a migrar.

En efecto, como señala Mantero, “*el derecho a migrar, que había sido reconocido por el jusnaturalismo como un derecho natural desde mediados del siglo XVI, aparece hoy incorporado a los tres textos fundamentales del derecho positivo de los derechos humanos a los que se reconoce carácter de “jus cogens” a nivel universal*”⁶. Pues bien, es claro que ese derecho a migrar se vería notoriamente limitado si el migrante se viera perjudicado por el hecho de trasladarse al extranjero; sería una forma clara de limitar su movilidad y, por ende, de afectar uno de sus derechos humanos fundamentales⁷.

III. DISCRIMINACIÓN NORMATIVA

La discriminación en el mundo del trabajo se puede manifestar de diferentes maneras. Una clasificación de estas diferentes formas de discriminación es la que permite diferenciar entre discriminación institucional, estructural y en la empresa. La primera sería aquella en la cual la discriminación viene dada por las normas vigentes o por las prácticas administrativas; la segunda es aquella que se verifica en el mercado de trabajo y la tercera es la que se produce en el marco de una relación de trabajo⁸.

En el presente trabajo nos centraremos en la primera de estas formas de discriminación, es decir, en aquella en la cual el propio marco institucional es el que crea diferenciaciones injustificadas para determinado colectivo⁹. Como señala Goldstein, este tipo de discriminación afecta principalmente a los trabajadores migrantes¹⁰.

Esta forma de discriminación, a diferencia de aquella que se verifica en el mercado de trabajo o en el marco de una empresa, es de carácter notorio y no velado. Es decir, la diferenciación es fácilmente detectable y no pretende ser disimulada como sí puede ocurrir con las otras modalidades señaladas.

Esta característica parecería suponer que su combate debiera ser más sencillo, por cuanto se trataría simplemente de erradicar la norma en cuestión o bien de modificar la práctica discriminatoria. Esto sería a su vez avalado por la mayoría de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a no ser discriminado, por cuanto los naturales destinatarios de sus disposiciones son los propios Estados, por lo que éstos son los principales encargados de garantizar este derecho, lo que implica –como mínimo– no fomentar su violación a través de normas y prácticas.

No obstante, por diferentes motivos, muchas veces los ordenamientos tienden a mantener estas diferenciaciones entre trabajadores migrantes y nacionales, desandando de esa manera en la práctica el camino trazado por la comunidad internacional, el cual

⁵ Cfr. ERMIDA URIARTE, O., *Los principios ...*, ob. cit., p. 50

⁶ MANTERO DE SAN VICENTE, O., ob. cit., p. 91

⁷ Cfr. RASO DELGUE, J., *Corresponsabilidad de los Estados en la desprotección del trabajador migrante*, en “Revista Derecho Laboral”, T. XXIII, N° 119, Montevideo 1980, p. 515

⁸ GOLDSTEIN, E., *La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales*, FCU, Montevideo 2009, p. 112

⁹ Obviamente, nos referimos a diferenciaciones que resultan perjudiciales para el colectivo discriminado y, por ende, afectan claramente el derecho humano a la no discriminación. Quedan por fuera, entonces, aquellas situaciones que buscan generar ciertas prerrogativas para los colectivos más vulnerables y que se denominan habitualmente “discriminación positiva”.

¹⁰ GOLDTSEIN, E., ob. cit., p. 113.

muchas veces cuenta, incluso, con la aprobación expresa de los Estados que luego reniegan de él¹¹.

En nuestro derecho rige, además de las normas internacionales ya señaladas, la ley 18.250 de 6/1/2008, que regula los derechos de las personas extranjeras. En el artículo 1° se reconoce el derecho inalienable de las personas a migrar, así como a la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales, y en el artículo 8 se establece que las personas migrantes deben gozar en pie de igualdad con los nacionales los derechos al trabajo y a la seguridad social, entre otros. Esto es luego reafirmado en el capítulo IV titulado “Del trabajo de las personas extranjeras”.

Sin embargo, estos principios generales de igualdad de trato, reciben una limitación en lo que a la seguridad social refiere, ya que el artículo 18 prevé que la misma aplicará en la medida que se cumplan los requisitos previstos en la legislación y en los instrumentos bilaterales y multilaterales ratificados. Así, puede verse que en materia previsional, la igualdad de trato podrá estar sujeta a que se cumplan aquellos requisitos que el legislador haya entendido razonables para brindar cobertura a las personas extranjeras.

En virtud de lo señalado, a continuación se comentarán algunas situaciones en las cuales la normativa de nuestro país no garantiza una igualdad de trato a los trabajadores extranjeros o bien no asegura el goce de los derechos adquiridos a quienes se trasladan al exterior, lo cual puede dar lugar a considerar que existe discriminación por motivos de origen social.

IV. DISCRIMINACIÓN NORMATIVA EN URUGUAY POR MOTIVOS DE ORIGEN NACIONAL

A continuación se comentarán algunos casos de normas o prácticas administrativas que suponen –o pueden hacerlo– un perjuicio para aquellos migrantes que se han trasladado al Uruguay o para aquellos uruguayos que han decidido emigrar al exterior.

A estos efectos, agruparemos las normas o prácticas que representen problemáticas similares, de forma de identificar conjuntamente las discriminaciones normativas que revistan similar naturaleza¹².

IV.1 Exigencia de determinado tiempo de residencia para el acceso a un beneficio

El art. 43 de la Ley 16.713 establece que aquellas personas que carezcan de recursos como para solventar sus necesidades vitales y sean mayores de 70 años o estén absolutamente incapacitados para trabajar, tienen derecho a una pensión asistencial no contributiva.

Sin embargo, la norma establece como requisito adicional para extranjeros o ciudadanos legales, un mínimo de residencia continuada en el país de 15 años.

Es claro que con la exigencia de este requisito se está vulnerando la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales reconocida en numerosos instrumentos internacionales aplicables en nuestro país.

¹¹ Es el caso de los Estados que ratifican los instrumentos internacionales que reconocen este derecho, como ser el PIDESC, el CIT 111 u otros similares.

¹² Las normas y prácticas que se comentan no necesariamente agotan el elenco de las situaciones que pueden encajar dentro del concepto de discriminación normativa por motivos de origen nacional, sin embargo, entendemos que representan adecuadamente las diferentes vías de verificación de este fenómeno.

Sin perjuicio de lo señalado, atendiendo a la igualdad de trato establecida en la ley 18.250, surge la duda sobre si el referido requisito se encuentra aún vigente.

En efecto, el artículo 8 de la norma consagra –como fuera indicado ut supra- el derecho a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de seguridad social y ello es ampliado por el art. 43 del Decreto 394/009 al aclarar que esta igualdad concierne tanto a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones.

Ahora bien, no debemos olvidar que en la misma ley existe para las prestaciones de seguridad social un límite a la igualdad de derechos, consagrado en el art. 18 al disponer que la igualdad regirá siempre que se cumplan con los requisitos exigidos por la normativa de seguridad social.

Frente a esta situación es legítimo cuestionarse si la exigencia de 15 años de residencia establecida en la norma de seguridad social es uno de los requisitos que se debe cumplir para acceder a la igualdad de trato o si ésta debe primar (considerando el alcance establecido en el art. 43 del Decreto reglamentario).

Al respecto señala Larrañaga que el requisito de residencia quedó derogado tácitamente con la entrada en vigor de la ley 18.250, puntualmente por lo establecido en el artículo 8 de la misma y su reglamentación (Decreto 394/009, art. 43)¹³.

Si bien esta es claramente la interpretación más favorable y la que actualmente aplica el Banco de Previsión Social por normativa interna¹⁴, entendemos que sería conveniente llevar a cabo una derogación expresa del requisito legal para evitar que el tema pueda definirse en función de la posición circunstancial de un organismo. De esta forma se brindarían más garantías y se cumpliría más eficazmente con la tutela del derecho fundamental a no ser discriminado.

IV.2 Exigencia de radicación en el país para el cobro de prestaciones de seguridad social

En determinados casos, para aquellas personas que han obtenido derecho a percibir prestaciones de seguridad social, la normativa exige como requisito para mantener dicho derecho que los beneficiarios no se trasladen al extranjero.

De esta forma se afecta los derechos adquiridos, dado que alguien que había obtenido el derecho a una prestación de seguridad social ve limitado su derecho al efectivo goce de la misma por el hecho de trasladarse o radicarse en el extranjero.

Como señala Raso, este tipo de exigencias pueden encontrar un cierto justificativo en aquellas prestaciones que el Estado ofrece gratuitamente (sin necesidad de contribución previa) o en los casos de seguro de desempleo -donde la idea es que el trabajador desempleado busque un nuevo trabajo a la brevedad y ello no es posible controlarlo si no se está en el país- pero en el resto de los casos resulta claramente censurable, dado que se está afectando una prestación obtenida mediante el aporte compulsivo de los propios trabajadores¹⁵.

Como fuera señalado, en la seguridad social internacional rige el principio de conservación de los derechos adquiridos o en vías de adquisición. Cuando este principio se vulnera, especialmente cuando se trata de derechos ya adquiridos, se afecta gravemente la situación del beneficiario. Si esta afectación obedece a un motivo de origen nacional, es claro que la misma representa un claro ejemplo de discriminación por motivos prohibidos.

¹³ LARRAÑAGA ZENI, N., *El derecho de la seguridad social uruguaya*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo 2009, p. 185

¹⁴ Por Resolución de Directorio N° 4-19/2013, de fecha 20 de febrero de 2013, el BPS decidió eliminar la exigencia de los 15 años de residencia continua para extranjeros.

¹⁵ RASO DELGUE, J., ob. cit., p. 515

Algunos de los ejemplos de este tipo de exigencias que aún persisten son los siguientes:

i. El pago de rentas en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:

El artículo 33 de la ley 16.074 establece que a las personas que perciben una renta y se radiquen en el extranjero sin designar apoderado en forma se les suspenderá el pago de la misma hasta tanto no propongan una forma de cobro que sea aceptada por el Banco de Seguros del Estado.

Asimismo, los derecho-habientes de trabajadores fallecidos que vivan en el extranjero no tendrán derecho al cobro de la renta, y en caso de radicarse en el Uruguay sólo tendrán derecho a exigir la misma a partir de ese momento y mientras dure su radicación en el país.

ii. Prestaciones del seguro de enfermedad

El artículo 30 del Decreto-Ley 14.407 establece que las personas aseguradas no tienen derecho a ninguna prestación o beneficio fuera del territorio nacional.

El no acceso a prestaciones en especie puede resultar un poco más comprensible por las dificultades que puede suponer brindar cobertura médica fuera del radio de atención de los prestadores de salud (aunque a esos efectos es posible celebrar convenios); ahora bien, no parece justificable el hecho de que no se abone la prestación en dinero cuando el asegurado no está en el país.

Piénsese, por ejemplo, en la circunstancia del trabajador enfermo que se ve obligado a trasladarse al exterior para realizarse estudios o intervenciones a causa de su enfermedad: no sólo se verá afectado por lo que a su salud atañe sino que además sumará una nueva preocupación ya que por trasladarse fuera del territorio no le corresponderá el pago del subsidio.

iii. Jubilación por incapacidad total en la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias

La ley 18.396 que regula el régimen previsional de la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias establece en su artículo 38 las causales de configuración de la jubilación por incapacidad total. Una de ellas es la incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo cuando sobreviene luego del cese de actividad o del vencimiento de un período de inactividad compensada. A estos efectos, la norma exige, entre otros requisitos, que el trabajador haya mantenido residencia en el país desde la fecha del cese en actividad.

Esto quiere decir que aun cuando un trabajador acredite haber cumplido con los años de servicios (y aportes) exigidos para computar esta causal, si luego de su cese de actividad tuvo residencia durante algún período en el extranjero, entonces pierde el derecho a obtener esta jubilación.

Nótese el perjuicio relevante que se le puede ocasionar a un trabajador (perder su derecho a jubilarse) que ha realizado todos los aportes exigidos, pero decidió residir durante un tiempo fuera del país. Es indudablemente una medida desproporcionada que nuevamente afecta derechos adquiridos del trabajador que emigra.

IV.3 Acceso a cobertura de salud de trabajadores extranjeros

Conforme la normativa vigente, los trabajadores extranjeros que hayan cumplido adecuadamente las condiciones migratorias exigidas por la normativa y cumplan con los requisitos de seguridad social (aportes por contribuciones especiales de seguridad

social), tendrán derecho, en los mismos términos que los trabajadores nacionales, al amparo del Sistema Nacional de Salud (arts. 8 de la Ley 18.250 y 39 y 43 del Decreto 394/09).

Sin embargo, este derecho consagrado legalmente, no se respeta adecuadamente en los hechos, ya que la práctica administrativa es claramente perjudicial respecto de los intereses de los trabajadores migrantes, según se detallará.

Para poder desarrollar actividad laboral en Uruguay es necesario que el extranjero haya comenzado el trámite de residencia legal en el país, sea esta temporaria o permanente, ya que esto es lo que le permitirá ser registrado en los organismos públicos (Banco de Previsión Social y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social)¹⁶.

Ahora bien, para tener derecho a la cobertura médica que se obtiene a través de los aportes a la seguridad social, el Banco de Previsión Social exige, además, contar con cédula de identidad uruguaya.

Sin embargo, debe tenerse presente que los tiempos para la obtención del documento de identidad uruguayo varían según cuál sea el tipo de categoría migratoria que se tramite.

En el caso de quienes tramitan la residencia permanente, el mismo día de iniciado el trámite de residencia están en condiciones de obtener una cédula de identidad provisoria, que es aceptada por el Banco de Previsión Social a efectos de brindar las prestaciones.

No obstante, para otras categorías de residentes, la realidad es diferente.

En efecto, los extranjeros que tramitan la residencia temporaria no lograrán obtener tan rápidamente la cédula de identidad; y si se trata de extranjeros que vienen a trabajar por menos de seis meses ni siquiera recibirán cédula de identidad.

Cuando se realiza un trámite de residencia temporaria, la cédula de identidad se obtiene al finalizar el mismo, lo que dura en promedio 3 o 4 meses. Sin embargo, en los casos de residentes temporarios por menos de 6 meses, el documento que otorga el Ministerio del Interior no es una cédula de identidad sino una Hoja de Identidad Provisoria (art. 8 del Decreto 394/009). Este documento no es aceptado por el BPS para otorgar las prestaciones, ya que sólo admite la cédula de identidad a esos efectos¹⁷.

En virtud de lo señalado, mientras los residentes temporarios no obtengan su cédula de identidad (ya sea porque no han finalizado el trámite o porque tramitaron la Hoja de Identidad Provisoria) no podrán acceder a los beneficios y prestaciones que brinda el Banco de Previsión Social, de los cuales el más trascendente (por lo inmediato que puede ser su requerimiento) es la inclusión en el Sistema Nacional Integrado de Salud.

Este extremo no sólo resulta claramente violatorio de la igualdad de trato que deberían recibir los trabajadores migrantes sino que resulta especialmente condenable si se tiene en consideración que durante ese tiempo en que los trabajadores extranjeros están trabajando pero no cubiertos por el BPS, igualmente deben efectuar los aportes de seguridad social (incluido el aporte al Sistema Nacional Integrado de Salud) que corresponden a su salario.

Es claro, por tanto, que como ya lo señalaran hace 15 años Santestevan y Barretto, el hecho de que el BPS requiera la cédula de identidad para otorgar beneficios y

¹⁶ Cfr. RUSSO, R. y SOARES NETTO, E., *La ley 18.250 – Migraciones*, en “Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya”, AA.VV., FCU, Montevideo 2010, p. 249.

¹⁷ Vale aclarar que la Hoja de Identidad Provisoria posee un número que corresponde a la correlatividad de la numeración de las cédulas de identidad.

prestaciones supone un freno considerable en la atribución de derechos¹⁸. Puntualmente, supone un claro caso de discriminación en la protección social por motivos de origen nacional.

IV.4 Preferencia de contratación de trabajadores nacionales

En el ámbito laboral existen diversas normas que establecen preferencias para la contratación de trabajadores nacionales frente a extranjeros.

Si bien se trata de normas referidas a sectores puntuales de actividad, en las que la presencia de trabajadores extranjeros tendería a ser más numerosa de lo habitual, dado el actual desarrollo del alcance del derecho a no ser discriminado por motivos de origen nacional, entendemos que este tipo de disposiciones estarían vulnerando dicho derecho.

Algunos ejemplos de normas que establecen este tipo de preferencias son las siguientes:

i. Trabajadores de empresas usuarias de Zona Franca

Conforme lo establece el artículo 18 de la ley 15.921, que regula la actividad de las Zonas Francas, las empresas usuarias de zonas francas que pretendan mantener su calidad de tales (y con ella los beneficios previstos en la ley), deberán contar entre su personal con al menos 75% de ciudadanos uruguayos. Este porcentaje puede eventualmente reducirse si el Poder Ejecutivo lo autoriza.

ii. Tripulación de buques mercantes con bandera nacional

El artículo 18 de la ley 16.387, en la redacción dada por el art. 320 de la ley 16.736, dispone que al menos el 50% de la tripulación de los buques mercantes de bandera nacional deberán ser ciudadanos uruguayos, incluido el Capitán, y siempre que operen en un tráfico autorizado por la autoridad competente. Si no fuese ese el caso, la preferencia por los ciudadanos uruguayos se limita al Capitán, Jefe de Máquinas, Radio Operador o Comisario.

iii. Tripulación de buques mercantes con bandera nacional

Las embarcaciones pesqueras uruguayas deberán ser tener capitanes o patrones que posean la ciudadanía uruguaya y a su vez su tripulación debe estar constituida en un 90% por ciudadanos uruguayos. Si la embarcación operara exclusivamente en aguas internacionales, el porcentaje mínimo de ciudadanos uruguayos deberá ser de 70%.

Como fuera señalado, estas disposiciones suponen una limitación del derecho al trabajo de los trabajadores extranjeros, lo que genera una clara discriminación normativa por motivos de origen nacional.

V. REFLEXIONES FINALES

El derecho a no ser discriminado, puntualmente por motivos de nacionalidad u origen nacional, es reconocido actualmente por la comunidad internacional como un derecho humano fundamental. A esta realidad no escapa Uruguay, ya que no sólo le resultan aplicables las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino que, además, ha ratificado numerosos instrumentos que reconocen expresamente este derecho.

¹⁸ SANTESTEVAN, A. y BARRETTO, H., *Los problemas laborales y de seguridad social que se plantean respecto de la migración de trabajadores fronterizos*, en “IX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, FCU, Montevideo 2000, p. 104.

No obstante, al analizar el ordenamiento jurídico uruguayo es posible encontrar diversas reminiscencias de disposiciones o prácticas que aplican criterios diferentes a trabajadores extranjeros o a personas nacionales que han decidido emigrar, afectando notoriamente sus derechos laborales o de seguridad social.

Toda práctica discriminatoria es repudiable. Sin embargo, cuando la misma proviene del propio Estado, que debería ser el primer eslabón en intentar erradicar la misma, resulta especialmente preocupante y condenable.

En efecto, no debemos olvidar que estamos frente a la violación de un derecho humano fundamental, que como tal debería operar como un freno al poder político, si éste pretendiese vulnerarlo. En este sentido, siguiendo a Ferrajoli, debe sostenerse que los derechos humanos fundamentales implican una garantía democrática ya que forman parte de la esfera de *lo indecible* por el poder público, es decir, no deberían poder ser afectados ni siquiera por unanimidad política¹⁹.

En virtud de ello, se torna imperioso llevar a cabo una revisión de la legislación interna, así como de las prácticas administrativas, a efectos de eliminar aquellos aspectos que puedan dar lugar a una discriminación respecto del trabajador extranjero o que ha emigrado. El Estado uruguayo está obligado a ello en función de los compromisos asumidos internacionalmente.

Si bien el tratamiento diferencial por motivos de nacionalidad puede llegar a encontrar una cierta justificación –al menos en algunos casos–, atendiendo a la naturaleza de los derechos en juego (derechos humanos fundamentales a la no discriminación, a la igualdad, a migrar), entendemos que la tutela de estos debe priorizarse frente a eventuales intereses económicos o dificultades de orden práctica que esto pudiera suponer para los Estados.

Para culminar, nuevamente vale la pena recordar a Ferrajoli cuando señala que *“tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de status, el último residuo posmoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación”*²⁰.

¹⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, 4ª ed., Madrid 2004, p. 24

²⁰ IBÍDEM, p. 32.

PROBLEMÁTICA Y ACCIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA EFECTIVA VIGENCIA DEL DERECHO AL TRABAJO

Por Diego Ledesma Iturbide

Estas líneas que escribo están inspiradas y pretenden dialogar con varios aportes ofrecidos al proyecto, me refiero al trabajo conjunto de las colegas del Uruguay, Virginia Perciballi y Betiana Quintana intitulado *“Trabajador migrante. Principio de igualdad de trato en el acceso al empleo”*, el de Oscar Benitez, *“Protección social y migración. Las cuentas pendientes de la inclusión para las personas que migran”*. Y el objetivo aquí es en primer lugar, dar cuenta de lo que entiendo es la problemática que encierre la efectiva vigencia de un derecho de jerarquía constitucional que los interesantes aportes de los colegas citan de manera recurrente: el “derecho al trabajo”, que es el derecho de todas las personas de acceder a un empleo remunerado y libremente escogido en su vinculación a prácticas discriminatorias. En segundo lugar, pretendo dar cuenta de una distinción que considero de gran trascendencia según cuales son sus consecuencias prácticas, como de una evolución jurisprudencial que entiendo es significativa y trascendente, que se está dando en la Argentina y que tiene ahora como protagonista a nuestro máximo Tribunal de Justicia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por último, destaco y doy cuenta de un mecanismo que entiendo resulta útil para desterrar una práctica que se desarrolla en el ámbito de la industria textil y que afecta en mayor medida a los inmigrantes de países limítrofes que se encuentran en situación vulnerabilidad.

1.- La vulneración del “derecho al trabajo” de los trabajadores migrantes conforma un acto discriminatorio y forma parte de dicho género de actos ilícitos.

Los aportes que consideré relevan las vicisitudes que deben enfrentar las personas que provenientes de “ciertos” países son objeto de trato discriminatorio, situación que a mi juicio es evidente para quienes se encuentran en situación vulnerabilidad, algo lamentablemente cotidiano y que no se circunscribe a un trato despectivo, vulgar o inconfesado en nuestra sociedad, sino que la problemática del inmigrante pobre es patente y atañe a decisiones políticas del más alto nivel, con expresiones en mi país y también especialmente y con gravedad inusitada y creciente a nivel internacional y con especial impacto en los países de mayor desarrollo económico.

La cuestión aquí sin embargo ciñe la problemática del inmigrante pobre o despojado, en relación al efectivo goce de su derecho al trabajo. En este sentido y tras relevar que en nuestro sistema jurídico los extranjeros gozan del mismo estatus que los nacionales¹, salvo disposición reglamentaria específica en contrario, entiendo deberemos comprender la problemática de la efectiva vigencia del derecho en cuestión

¹ la ley n° 25.871 (2004) de Migraciones, en su art. 6 establece la obligación del Estado de garantizar a los inmigrantes y sus familias el disfrute de las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de las que gozan los nacionales, entre otras cosas, en relación al trabajo, y el art. 56 de la misma norma, por otra parte, establece que el trabajo prestado en infracción a la ley no afectará la responsabilidad del empleador del trabajador extranjero respecto de los derechos adquiridos por el trabajo ya realizado.

respecto del colectivo señalado como siendo una expresión de una acción discriminatoria, una entre otras muchas, una que afecta a la minoría indicada como puede hacerlo respecto a otras, que no existe entonces diferencia alguna con lo que eventualmente le puede suceder a cualquier otra persona, sea o no extranjero. Así las cosas, el trabajador migrante o extranjero será víctima de trato discriminatorio como lo podría eventualmente ser también cualquier otro sujeto, y de lo que se trata entonces, la problemática de la que me ocupo, gira en torno al modo adecuado de garantizar en general y para todos el efectivo cumplimiento de un derecho fundamental como lo es sin dudas el “derecho al trabajo” y considerando sus propias circunstancias y características.

2.- Una distinción esencial para abordar el análisis jurídico de la problemática del “derecho al trabajo” y que determina importantes consecuencias prácticas.²

a) el acto discriminatorio que surge con carácter previo a la contratación y que invalida una oferta de trabajo en general, donde se hallan involucradas una empresa o grupo de empresas determinadas y una generalidad indeterminada de sujetos afectados y;³

b) el acto discriminatorio que se suscita durante las tratativas previas y que vincula a sujetos determinados.⁴

Dentro del primer supuesto, donde la antijuridicidad del comportamiento discriminatorio invalida la oferta de trabajo, lo que se perseguirá con la acción judicial, la pretensión concreta, será el cese del acto discriminatorio⁵, la privación de sus efectos jurídicos y la puesta en práctica de medidas concretas y eficaces para remediar y contrarrestar la violación operada sobre el derecho fundamental. Lo que se concretará mediante la interposición de una acción de amparo colectivo⁶. Queda excluida aquí, por las propias características del proceso y las exigencias probatorias para su procedencia, la posibilidad concreta de reclamar la reparación de los daños y perjuicios.

Este es un supuesto ciertamente novedoso y que implica cambios notorios en la manera tradicional de comprender la naturaleza y el modo de observar las reglas básicas en todo proceso judicial. Un modelo pensado para administrar sólo conflictos individuales⁷. Ante la inexistencia de un procedimiento específico y propio para la tramitación de estas auténticas “acciones de clase”, que atiende a la especificidad que ostentan, las reglas dogmáticas usuales resultan disfuncionales, y se advierten entonces alteraciones sustanciales en el modo de evaluación de la legitimación activa y pasiva de los sujetos partes en el proceso, como también en las características y los efectos que se les asigna a las sentencias que se dictan en este tipo de controversias. En este supuesto se percibe y se ha destacado una carencia normativa y donde entonces el juez integra el

² Este segmento del comentario ha sido elaborado a partir de un trabajo previo de mi autoría ofrecido al libro intitulado *Los derechos humanos en la justicia del trabajo*. Esther Romano (directora) Liliana Hebe Litterio (coordinadora). Año 2013. Ed. Ad-Hoc.

³ CNCiv., Sala “H”, 15/9/2000, “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”, LL 2001-B-798.

⁴ CNCiv., Sala “H”, 9/4/2000, “Sendoya, Josefina O. c/Travel Group s.a.”, DT 2001-A 784.

⁵ Cf. Ley 23.592, art. 1. Norma de derecho común cuya aplicación al ámbito laboral ha convalidado jurisprudencia reciente de nuestro Máximo Tribunal. CSJN, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, LL 2011-A, p. 88.

⁶ Cf. C.N., art. 43.

⁷ LORENZETTI, Ricardo, *Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad*. JA, 2000-II, p. 235.

mandato constitucional con el dictado de la norma procesal.⁸ En este punto adquiere máxima relevancia y pareciera haber sido además la inspiración a la acción jurisprudencial en la materia, la frase: *“El problema fundamental en relación con los derechos humanos, hoy, no es tanto analizarlos o justificarlos, sino protegerlos y comprometerse con ellos. No es un problema filosófico, sino político y ético”*.⁹

En punto a la legitimación activa y en tanto se trata de derechos de “incidencia colectiva”, se prevé constitucionalmente la habilitación del afectado, del Defensor del Pueblo, como también de las asociaciones que tengan como fin la defensa de los bienes jurídicos en juego.¹⁰ La cuestión problemática que esto suscita es el dato de la carencia de vínculo concreto y exclusivo entre sujeto y bien jurídico protegido. En este punto es doctrina judicial de la CSJN que *“la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo”*¹¹.

En cuanto a la legitimación pasiva, debe considerarse, en primer lugar, que, como se señaló, este tipo de procesos no sólo deriva en un desbaratamiento o desmantelamiento de un determinado comportamiento discriminatorio, sino que normalmente se procura mediante la sentencia establecer obligaciones concretas, mecanismos positivos, a cargo de un número determinado e incluso indeterminado de personas. Medidas que se caracterizan, además, por ser provisorias. En este último sentido, se ha dispuesto que éstas tengan vigencia sólo hasta tanto se equipare la discriminación operada¹². Conforme lo señalado, resulta posible y previsible que la sentencia que se dicte en este tipo de procesos tenga efectos “erga omnes”. Dato éste que ha merecido comentario favorable en tanto forma de solucionar la crisis del acceso a la justicia, pero que ciertamente implica una flexibilización o relativización del principio procesal fundamental de la cosa juzgada. Estas características posibles de la sentencia que se adopte en este tipo de procesos exigen precauciones adicionales y consideraciones específicas en el modo de integración de la litis. En este punto constituye doctrina judicial de la CSJN que *“...debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”*, que *“...en la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige”*, que *“...reviste vital importancia el análisis de la representación adecuada, puesto que mal puede responsabilizarse a quienes se encuentran ausentes en el proceso por la correcta o incorrecta defensa desplegada, dado que quien se postula como representante de la clase o grupo no ha sido por él elegido, es decir se excede la lógica del proceso tradicional”*,¹³ y que *“...dichos lineamientos no pueden soslayarse cuando quienes intervienen efectivamente en el*

⁸ Según lo puso de manifiesto nuestro Máximo Tribunal en CSJN, 24/2/2009 “Halabi, Ernesto s/amparo”, Fallos 332:111, La Ley 2009-B, p. 259.

⁹ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, 1991, Madrid., p. 21. Citado por MOSSET ITURRASPE, José, *Discriminación y datos sensibles...* op. cit., y en los considerandos del fallo “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo” dictado por la CNCiv., Sala “H”, 15/9/2000, LL 2001-B-798.

¹⁰ Cf. C.N. art. 43 párr. 2.

¹¹ CSJN 24/2/2009 “Halabi, Ernesto s/amparo”, Fallos 332:111, La Ley 2009-B p. 259, Consid. 20. Véase sobre el tema RODRIGUEZ MANCINI, Jorge *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, 2007, p. 309.

¹² CNCiv., Sala “H”, 15/9/2000, “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”, LL 2001-B-798.

¹³ *Ibidem*.

*proceso representan a un número indeterminado de individuos a quienes alcanzarán los efectos de la sentencia, motivo que obliga a extremar recaudos a fin de garantizar los derechos de quienes no participan en él, apreciándose -independientemente de la legitimación de los actores-, la adecuada representación de la clase, obteniéndose así la mejor representación posible de sus intereses.*¹⁴

Atendiendo a las características de la vía procesal del amparo, surge la controversia en torno a la viabilidad o legitimidad de la inserción dentro de su acotado marco de una medida de acción positiva. En este punto, y sosteniendo la vigencia del principio “in dubio pro accione”, la CSJN sostuvo: “...si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias”.¹⁵

El segundo supuesto, donde en cambio se analiza jurídicamente un comportamiento intersubjetivo entre personas determinadas, la cuestión indudablemente se ajusta mucho más dócilmente ante aquellos que se presentan como los principios rectores tradicionales del proceso judicial. En este caso, donde una persona concreta se ha visto injustamente discriminada en ocasión de acceder a un puesto de trabajo determinado, se pretenderá que la acción judicial declare el cese del acto discriminatorio, prive al mismo de todo efecto jurídico y se disponga, además, la reparación de los daños y perjuicios sufridos.¹⁶

A diferencia de lo que ocurre en el primer supuesto, no sólo será el amparo la vía procesal idónea sino también lo será el trámite ordinario. En esta cuestión y según enseña Albanese, el agravio deberá ser la medida del recurso.¹⁷ A su vez, tienen competencia para entender en este conflicto tanto los jueces del fuero civil como los del laboral. En este último caso, no por tratarse de un conflicto entre trabajadores y empleadores, sino por el hecho de ser directamente aplicable el Convenio 111 de la OIT, norma de derecho del trabajo de fuente internacional de lucha contra la discriminación en el acceso al empleo y la ocupación.

Otro elemento que distingue a este supuesto del anterior es la mentada posibilidad concreta de perseguir judicialmente la reparación de los daños y perjuicios sufridos con motivo del acto discriminatorio. En este punto resulta evidente que, a causa de sus propias características y naturaleza, no será el amparo judicial la vía procesal más adecuada, considerando este aspecto de la pretensión y, en especial, la necesidad de acreditar el daño sufrido en miras a su reparación. Sin embargo y contra esta afirmación, cabe oponer que si lo que se reclama es la reparación tan sólo del daño moral, que éste no requiere de una prueba específica; que si bien al disponerse el cese del acto discriminatorio el daño ya no subsiste, sí persisten afecciones que no repara la orden inhibitoria; y que la supresión del acto discriminatorio, en definitiva y de ninguna manera, repara el daño moral que pueda haber sufrido la víctima. Así, y siguiendo en todo esto el razonamiento de Kiper, es necesario, como medida para erradicar la discriminación, que la tutela sea rápida y efectiva y, en definitiva, que si se agregan obstáculos sólo se favorece al discriminador.¹⁸

En cuanto a los sistemas de reparación, es criterio jurisprudencial que “...si la acción que el trabajador ha de intentar se basa en la ley 23592 nos apartamos de la

¹⁴ *Ibidem*. Con cita de fallo de la C. Apel C.C. Salta, Sala III, 15/04/2009, “Codelco vs. Municipalidad de Salta”.

¹⁵ CSJN, 26/9/1978, “Manuel Osvaldo Lozano c/Entel”, *Fallos*, 300-1033. Por su parte, traigo a colación que una de las conclusiones de las XV Jornadas Nacionales de derecho civil, desarrolladas en Mar del Plata, del 26 al 28 de Octubre de 1995, expresaba que “...el amparo resulta un medio idóneo para ser utilizado a efectos de atacar las prácticas discriminatorias en sus aspectos preventivos e inhibitorios”. KIPER, Claudio M., *Discriminación y responsabilidad civil*, op. cit. p. 4.

¹⁶ *Cf.* Ley 23.592, art. 1.

¹⁷ ALBANESE, Susana, *El amparo y la discriminación entre partes (nota a fallo)*, ED, 144-1991, p. 319.

¹⁸ KIPER, Claudio M., *Discriminación y responsabilidad civil*, op. cit.

tarifa y el discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado".¹⁹ Con lo que la reparación procurada deberá ser integral, es decir, comprensiva de todos los daños sufridos por la persona y sin limitación o exclusión alguna. Cabe en este punto tener en cuenta que la jerarquía y naturaleza asignada a la ley 23.592 (1988), conocida como "antidiscriminatoria", es la de una ley federal reglamentaria de una garantía Constitucional.

Por otra parte, y en tanto se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia ha determinado que se repare sólo el daño emergente y no el lucro cesante.²⁰ Dentro de los daños materiales considerados, además del daño moral, la jurisprudencia ha viabilizado reparaciones por reparación de gastos futuros por tratamiento psicológico²¹ y por pérdida de chance.²²

a.- Mención de casos jurisprudenciales y acciones positivas concretas en supuestos particulares de discriminación (excluidos motivos de salud).

En supuestos de discriminación por género, relevo sólo dos fallos, aunque de importancia significativa, el primero conocido como fallo "Freddo"²³, donde la asociación civil "Fundación Mujeres en Igualdad" accionó por la vía del amparo colectivo en contra de los propietarios de la firma "Freddo" a quienes se acusaba de trato discriminatorio contra las mujeres en la contratación de personal. La sentencia tuvo por acreditado la discriminación y ordenó a la empresa a contratar personal de sexo femenino hasta compensar de manera equitativa y razonable la desigualdad entre empleados hombres y mujeres, con previsión de multas en caso de incumplimiento. El otro fallo, conocido como "Sisnero",²⁴ es la resolución también de un recurso de amparo, en este caso interpuesto por una mujer patrocinada por la defensora oficial y la presidente y vice de la fundación "Entre Mujeres". Una acción interpuesta contra las empresas de transporte de colectivo de la provincia de Salta a quienes se les acusaba de trato discriminatorio en virtud de la no incorporación de choferes mujeres. La sentencia ordenó a las empresas demandadas a contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes existentes, previendo, para el caso de incumplimiento, que la empresa de transporte abone un salario a la mujer que estuviera en primer lugar de la lista de aspirantes llevada por la Autoridad Metropolitana de Transporte. Por su parte, y entre las normas que ponen en práctica medidas de acción positiva cito la ley 1.892 (2005) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la cual se creó el "Régimen de Inserción Laboral para la Mujer de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", sistema reglamentado y puesto en marcha por la Subsecretaría de Trabajo y la Dirección General de Empleo mediante la resolución 2592/2008 y la disposición 4/2008. Que consiste en un plan con incentivos económicos destinados a promover la inserción de las mujeres en el mercado laboral, programa especialmente dirigido al empleo en pequeñas y medianas empresas. También, aunque seriamente cuestionada, cabría citar aquí a la ley 24.465 (1995), que en su art. 3 establece una serie de disposiciones como medidas de fomento para la contratación de mujeres²⁵. Merece

¹⁹ CNTrab., sala VII, 29/4/2009 "Givone, Julieta B. v. Aguas Danone Argentina S.A. s/despido".

²⁰ CNCiv, Sala M, 13/11/2007, autos "Mussa, Nadia Y. c/Ideas del Sur s.a."

²¹ CNCiv, Sala J, 14/3/2006, "Hertzriken, Luciano y Otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/daños y perjuicios"

²² SCBA, 5/3/2003, "Larralde de López, Alicia y otros c/Ferrosur S.A. y otros", DJBA 165-219; CNCiv., Sala E, 30/9/2003, "R., L. F. c/Trenes de Buenos Aires S.A.", RCyS 2004-650.

²³ CNCiv., Sala "H", 15/9/2000, "Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo", LL 2001-B-798.

²⁴ CCivil y Comercial, Salta, sala V, 18/11/2009, "Sisnero, Mirta Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante, Sandra; Fundación Entre Mujeres c. Tadelva S.R.L. y Otro", LL *Noroeste*, 2010-68.

²⁵ La doctrina en general critica la norma en tanto no significa una forma de igualdad o equiparación en los beneficios de los que gozan la generalidad de los trabajadores sino que, al contrario, resulta en una estigmatización de los colectivos enunciados a través de la instauración de fórmulas de contratación con

mención también la ley 25.674 (2002) en virtud de la cual cada unidad de negociación colectiva debe estar integrada por mujeres delegadas en proporción equivalente a la cantidad de trabajadoras ocupadas en el colectivo productivo de que se trate y que también impone un cupo femenino obligatorio en los cargos electivos y representativos en las organizaciones sindicales, el que deberá ser igual al 30 %, cuando el total de trabajadoras representadas iguale o supere esa proporción, y equivalente, cuando sea inferior.

En cuestiones de discriminación por edad cabría mencionar el fallo “Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas c/Aerolíneas Argentina s.a.”,²⁶ donde se cuestionó por discriminatoria la limitación de edad impuesta por la empresa demandada para cubrir las vacantes de piloto. Descartados los argumentos defensivos de la demandada y considerada la cuestión como una discriminación por edad de fundamento meramente económico, la sentencia dispuso que la empresa se abstuviera en lo sucesivo de aplicar la pauta cuestionada y que en un término perentorio de 48 hs. determinara nuevo llamado a cubrir los puestos en cuestión y en términos de la normativa convencional colectiva en vigor. En referencia a la normativa sobre la temática, destaca la Recomendación 162 de la OIT, sobre los Trabajadores de avanzada edad, norma que en su disposición II 3) establece que *“En el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación”*.

En materia de discriminación por discapacidad, cabe citar las leyes 22.431 (1981) y 24.147 (1992) sobre contratación de discapacitados en el área estatal, talleres protegidos terapéuticos o de producción en área estatal o de asociaciones de bien público. Y cabe aquí agregar lo dispuesto por el art. 42 de la ley 24.013 (1991), que dispone la duplicación de los plazos de contratación a tiempo determinado, la que persiste vigente respecto únicamente de los contratos a plazo fijo.²⁷

3.- Los talleres clandestinos en la industria textil. Un drama que afecta a inmigrantes de países limítrofes en situación vulnerabilidad. Instrumentos y políticas para combatir el flagelo.²⁸

A partir del incendio ocurrido en el año 2006 en el barrio porteño de Caballito, en el que perdieron la vida seis personas, cuatro niños y dos adultos que trabajaban y vivían en un taller textil clandestino, tomó estado público el drama de las personas, en su

menores exigencias, lo que se traduce en mayor desprotección, y una consecuente acentuación de la discriminación. Se trata, en efecto, de un contrato que es por tiempo determinado, que ofrece una significativa reducción de requisitos formales, como del monto a pagar en concepto de contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social, con eliminación de la obligación de preavisar y del pago de indemnizaciones por cese, salvo el supuesto de ruptura anticipada, y ello siempre y cuando no exista una disposición distinta pactada en convenio colectivo.

²⁶ CNTrab., Sala IX, 31/5/2005, *LL Online*.

²⁷ Aunque también serían de aplicación aquí las críticas formuladas contra la ley 24465 expuestas en la nota 56 de este trabajo, en tanto que la indeterminación del plazo en la contratación es un medio de tutela del trabajador asalariado.

²⁸ Este segmento del comentario ha sido elaborado a partir de un trabajo previo de mi autoría ofrecido al libro intitulado *La Relación de Trabajo*. Héctor O. García (director) Virgili, Claudio (coordinador). Año 2013. Ed. Ediar.

mayoría inmigrantes de países limítrofes, que traídos mediante engaños, prestaban servicios como esclavos.²⁹

A efectos de tomar medidas al respecto, el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), en Agosto 2006, lanzó el *Programa de Certificación voluntaria del INTI para empresas de Indumentaria*, que consiste básicamente en otorgar certificados de calidad, cuando determinado producto haya sido elaborado respetando las condiciones humanas, éticas y legales. Cabe destacar que el 14/06/2007, el INTI firmó un acuerdo con el Ministerio de Defensa de la Nación y la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, mediante el cual éstos se adhieren al programa de certificación, limitando sus operaciones de adquisición de indumentaria sólo con aquellos proveedores que hayan ingresado al programa. A estos efectos, el INTI realizará los diagnósticos requeridos por las empresas involucradas en las licitaciones.³⁰

Actualmente la problemática retomó fuerte actualidad con el reciente fallecimiento de dos niños a causa de un nuevo incendio en un taller clandestino situado en el barrio porteño de Flores. Sus padres pudieron escapar. Es un taller que había sido denunciado a las autoridades por la cooperativa “La Alameda”.

La problemática de los talleres clandestinos y de la venta ilegal de ropa lamentablemente creció exponencialmente en los últimos años.

²⁹ La magnitud del problema se refleja en un informe efectuado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, donde se expresa que 25.000 costureros trabajan en condiciones de esclavitud, que 300 talleres clandestinos fueron clausurados por el Gobierno porteño, que 500 talleres clandestinos se mudaron al Gran Buenos Aires para eludir inspecciones, y que 71 marcas de indumentarias han sido denunciadas por recurrir para la confección de sus prendas a este tipo de talleres. Dicho informe se encuentra disponible en la Web en: <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/justa01B.pdf>.

³⁰ En toda esta tarea se han involucrado activamente la Cooperativa de Trabajo *La Alameda*, la Unión de Trabajadores Costureros, y la Fundación *el Otro*, entre otras organizaciones sociales.

IV
“CIUDADANÍA LABORAL”

LA CIUDADANÍA LABORAL, NO EXISTE

Por Pablo M. Salpeter

La idea del presente trabajo es abordar la cuestión del trabajador migrante interestatal, las condiciones y las diferencias en la cuestión tutelar, indagando si es un requisito para ser trabajador, ser ciudadano, sin perjuicio de las condiciones de acceso al país, del art. 55 de la Ley 25.871, y la clasificación según la procedencia MERCOSUR o no MERCOSUR (Disposición DNM N° 1105/2011).

En primer lugar cabe destacar que la LCT, y en la 26.727 (agrario) nada dispone en cuanto al sujeto trabajador, la condición de ciudadano, lo que nos da una pauta significativa de no ser un requisito (esta condición es requisito para el empleo público Ley N° 25.164 art. 4 inc. a), no así para la C.A.B.A. -Ley N° 471 art. 7-) para acceder al empleo.

A su vez el art. 4 de la Ley Previsional Nacional (24.241) dispone la posibilidad de los extranjeros, de trabajar en nuestro país, sin cobertura social, solo cuando en su país de origen la tenga, para determinadas actividades laborales, por un plazo menor a dos años, y previa autorización de la ANSeS.

En cuanto a la protección del trabajador migrante, que por necesidad se traslada buscando recursos, no cabe más que referirse al antiguo cuento, “los mensú” (Horacio Quiroga), y en esa línea, es se aplican las normas de trabajo esclavo (arts. 140, 145 bis y 145 ter del Código Penal de la Nación) y trata de personas (Ley N° 26.364), aplicándose la Resolución General AFIP N° 3072/2011, Resolución MS N° 742/2011, para casos de abuso del estado de necesidad.

Asimismo cabe destacar los convenios bilaterales de seguridad social, suscripto con diferentes países en materia de reciprocidad jubilatoria, lo que permite acceder a la prestación por jubilación, a pesar de haber trabajado en otro Estado, o en la Argentina.

En consecuencia, dadas las condiciones de acceso al territorio, y su mínima vinculación entre ciudadanía, y acceso al trabajo, es que el análisis puede rotar a la cuestión de la llamada “ciudadanía laboral”.

Para ello se analizarán las distintas acepciones del concepto “ciudadanía laboral”, describiendo cada uno de ellos, e intentando arribar a alguna conclusión que intente despejar la mayor cantidad de dudas.

Como ciudadanía laboral he encontrado tres significados posibles:

a) El respeto de los derechos civiles de la persona en ocasión de trabajo (dependiente). (tendencia encontrada en trabajos de Chile y Colombia) (ejemplo, si la persona tiene derecho a no ser discriminada; en el ámbito laboral, tampoco se puede transgredir).

b) El goce pleno de los derechos laborales por parte de los trabajadores (significado utilizado por el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación). (ejemplo, vacaciones, cobertura de salud, jubilaciones, etc.).

c) Migrar los derechos políticos del ciudadano al ámbito interno de la empresa, para que operen en la relación empleador trabajador (ejemplo, participación en la dirección, derecho de defensa, libertad, igualdad, respeto al derecho de propiedad, etc.).

La ciudadanía es la característica que define a una persona como miembro de una ciudad¹, o un estado, con los consecuentes derechos y obligaciones, puedo ser ciudadano por habitarla, por orígenes, o por opción, no alcanza con mi intención, sino que dependerá de las condiciones de la ciudad o Estado para aceptarme, ya que me gustaría ser ciudadano del mundo, pero dudo (sutileza literaria, estoy seguro) que el mundo (entero) me acepte como ciudadano.

Buscando un origen del concepto podemos remontarnos a la Declaración Universal (Francesa) de los Derechos del Hombre (no la mujer todavía –1791-) y del ciudadano, para fines del siglo XVIII, donde se establecen en su art. 2, consagrados, la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad, y resistencia a la opresión. Estos son derechos políticos, o sea de una comunidad que se constituye como tal, que no es lo mismo que una unidad productiva.

Si se refiere a la libertad, lo es en el sentido, de que quienes asuman la responsabilidad de conducir el colectivo serán representantes del pueblo (habría que definirlo también), que obren a favor de los derechos consagrados.

La igualdad, en cuanto a la abolición de las castas, la consideración sin distinción ante la ley, e idénticas oportunidades para todos (hay que definir “todos”).

La propiedad privada es sagrada, se sostiene al final de la declaración, lo que significa que el colectivo, es solo la agrupación de individuos, y salvo excepciones de utilidad y necesidad pública, deben respetarse las posesiones privadas. En este contexto, se puede decir que se ha evolucionado, con los derechos de segunda, tercera y cuarta generación (segunda, sociales; tercera, intereses difusos; y cuarta, indemnidad – seguridad social-), haciendo que la propiedad privada, ya colectiva, satisfaga las necesidades sociales, a modo de ejemplo, una empresa, cuyo capital es el aportado por varios colectivos de trabajadores, en este caso, el dueño, puede ser hasta el propio empleado (el interés colectivo difiere del interés de su integrante).

La seguridad, en tanto garantizar la vigencia de los derechos enunciados.

Resistencia a la opresión, en tanto, adopte la forma de gobierno que sea, si no se respetan estos derechos fundamentales, dicho gobierno, carecerá de legitimidad, y su sustitución será una consecuencia inevitable, el tiempo que lleve este proceso dependerá de las articulaciones de poder, y la sangre a derramar dependerá del sistema de alianzas y abordaje de conflictos.

Traspolar estas características al ámbito laboral, implicaría una reducción cuantitativa del colectivo Estado, al colectivo empresa, sin cambios cualitativos, e implicaría entre los aspectos más ponderados, la participación del trabajador en la vida de la empresa.

En primer lugar que si el objetivo de forzar el concepto de “ciudadanía laboral” es la participación en la gestión de la empresa, apelar a la ciudadanía sería un poco ambicioso, y le queda grande para participación², ya que existen muchas otras variantes a considerar, no solo las consideradas previamente, sino los derechos consagrados por otras declaraciones y regulaciones particulares de cada Estado.

¹ La vida urbana y rural ya merece un trato distinto dado que el campo o la producción rural, mediante la aplicación de la tecnología, ya se encuentra industrializada, lo que implica, a gran escala, fábricas de plantas y animales, haciendo mínima la necesidad de vivienda en el campo por parte del trabajador.

² Debe tenerse cautela en el conjunto a elegir para integrar un elemento, dado que, si ciudadanía es el conjunto que contiene a participación, deben existir otros elementos con idénticas características que participación a sumar, que deben ponerse de manifiesto para constituir el conjunto de grado superior abstracto elegido, comúnmente denominado “naturaleza jurídica”. De lo contrario, ese conjunto queda en una vanilocuencia.

En segundo lugar, una característica concreta que define la relación de dependencia es la ajenidad, que si se diluye, nos encontraríamos frente a otro tipo de organización productiva, como las cooperativas.

En este orden de ideas, tampoco estoy seguro, del deseo de los trabajadores de participar en las decisiones de la empresa, ya que asumirlas implica un riesgo que no muchos están dispuestos a asumir, y si la decisión es mala, de quién es la responsabilidad, qué efecto derrama sobre los trabajadores que asumieron una mala decisión estratégica.

Las organizaciones inteligentes de los últimos veinte años han desarrollado estructuras no jerárquicas, con pocos mandos medios, de estilo “peine” con unidades de negocio individuales, bajos costos fijos, que reduce sensiblemente los costos, y esencialmente, ponderan el llamado empowerment, lo que significa otorgar a los trabajadores la posibilidad de decidir sobre el desarrollo de la unidad de negocios, con determinadas limitaciones, que le permitirá crecer al trabajador y obviamente a la empresa.

Ser ciudadano es ser parte entre iguales de un conjunto abstracto que se define por elementos comunes³. En cambio ser trabajador dependiente se define por integrar un colectivo productivo de propiedad ajena.

Si bien es cierto que sin impuestos no hay estado, y una buena manera de recaudar impuestos por el intercambio de bienes, un Estado podría definirse como una unidad productiva, pero como conjunto de conjuntos, o sea conjunto de unidades productivas (podemos incluir a las personas que producen).

Pensar en que los derechos exigibles al Estado (todos), sean ejercidos en el ámbito de la empresa como ser cogestión por el trabajador, sería un sistema productivo, no ajeno, no dependiente, que requeriría de una regulación diferente, más asimilable a sistemas de economías reguladas, socialismo, o comunismo.

Si el sistema político, se traslada, se aplica al ámbito productivo, lo que se está haciendo soslayadamente es cambiar el sistema político.

Si se dispone que el empleador ya no puede despedir al trabajador, que el trabajador tiene estabilidad absoluta⁴, el puesto de trabajo le pertenece, estamos asumiendo que tendría cierto grado de propiedad sobre la empresa, esto lo legitimaría a decidir sobre el destino de ésta, y si le sumamos la función social de la empresa, en cuanto a la necesidad social de abastecimiento a los habitantes de las ciudades, implicaría un margen de maniobra limitado para el empresario, y en función de estos bienes públicos, cualquier trasgresión pudiera implicar la intervención estatal, o confiscación, estaríamos progresivamente, migrando a una economía dirigida, donde los grandes monopolios y oligopolios privados y transnacionales, serían lo mismo, pero estatales. Cuando un negocio es demasiado grande, el Estado se lo queda, ya sucedió repetidamente en la historia universal, cuando una deuda es muy grande, el deudor es el menos preocupado.

Es más si estas facultades fueran otorgadas al trabajador, sería en forma directa o indirecta, siendo en forma directa, una responsabilidad personal, e indirecta, sería cautivo del sistema de representatividad.

³ ARISTÓTELES, Metafísica, concepto de uníada, o en el ámbito de la psicología social, la espiral dialéctica de Pichon Riviere.

⁴ Los distintos tipos de estabilidad conviven en nuestro Derecho, ABSOLUTA: empleado público y delegado sindical, RELATIVA PROPIA, garantía de cumplimiento de plazo, RELATIVA IMPROPIA MEJORADA: agravadas, RELATIVA IMPROPIA DESMEJORADA: reducidas, RELATIVA IMPROPIA COMUN: reparación por despido sin causa (art. 245 LCT), NULA: período de prueba, eventual, plazo fijo menor a un año.

Estas reflexiones, no implican estar en contra de la participación del trabajador en la empresa, lo que se busca, es dimensionar los alcances que estos cambios implicarían en el sistema productivo.

A modo de ejemplo, una decisión errónea tomada por la mayoría de los trabajadores, que llevan a una reducción de personal, implicaría que no corresponde indemnizar ya que la causa del despido fue una decisión “propia”, ¿sería válida una reducción salarial?. Si se decide un beneficio extra para los trabajadores, de dónde se obtienen los recursos, ¿reduciendo el salario?

Cuáles son las consecuencias de la participación, ya que una cosa es la disposición de nuestro art. 14 bis que habilita a participar a los trabajadores de las utilidades, pero, elegir directores, definir políticas empresarias, estrategias comerciales, alianzas estratégicas, convenios, UTEs, ¿propiciarían acaso un procedimiento preventivo de crisis?

Los intereses de la empresa y del trabajador, ¿son los mismos?, existen decisiones empresarias que hacen a la subsistencia de la organización pero con graves perjuicios a los trabajadores, ¿tomaría yo, como trabajador ésta decisión, que favorece a la empresa y a la vez me perjudica como trabajador?.

Si el trabajador y empleador, se encuentran en un real plano de igualdad, son socios, y el Derecho del Trabajo se encarga de la delicada relación de intercambio de libertad por propiedad, a diferencia del empleo que atiende a la cantidad de puestos de trabajo para distribuir el ingreso. Por ello, si el intercambio es propiedad por libertad, donde el empleador, al dejar de decidir, ya no pone en su parte propiedad, sino lo que ofrece es su libertad también (capacidad de dirección y organización), estaríamos frente a una sociedad en comandita por acciones, más que una relación de dependencia, diluyéndose la característica de la ajenidad.

Si el Derecho del Trabajo se encarga de establecer pautas para el delicado intercambio descrito, si lo que cede el empleador, ya no es propiedad, sino libertad, su existencia estaría condenada a la extinción, y si nos paramos frente al supuesto de la hiposuficiencia, y sustitución estatal o sindical para defender sus intereses, parece poco sustentable que alguien asimilado jurídicamente a un incapaz (solo derechos) asuma la responsabilidad de conducir una unidad productiva.

Dado que la libertad siempre ha estado en juego, desde la esclavitud, la servidumbre y la dependencia, cada vez menos el empleador asume la satisfacción de las necesidades del trabajador, tomando el Estado esta responsabilidad, reduciendo el vínculo de poder entre los actores de una relación bilateral, onerosa, y productiva, la propuesta de ciudadanía, ¿hace más libre al trabajador o refuerza la relación de la satisfacción de sus necesidades con la organización?.

Si el trabajador asume la responsabilidad de la conducción dependerá de la perspectiva, ya que hoy la mayoría de las empresas significativas, son conducidas por empleados, disfrazados de dueños, como la ficción de la clase media, CEOs, Gerentes y Directores, son empleados dependientes, profesionales del management (cada vez más profesional y más cerca del personal de base), que su tarea es definir el rumbo del área a su cargo, el punto sería si toda la dotación asume la responsabilidad, no hay que hablar solo de derechos, quiero saber la consecuente consecuencia.

En otro orden de ideas, ¿es condición para ser trabajador, ser ciudadano?, no, los extranjeros pueden trabajar. ¿Es condición para ser ciudadano ser trabajador?, no, no es requisito, más allá de considerarse a la PEA (población económicamente activa) entre los 18 y 65 años, siendo que menores y mayores, se entiende que son sostenidos, en el primer caso por los padres, y en el segundo por la seguridad social.

Concluyendo, introducir el concepto de ciudadanía en el ámbito privado, en la relación desigual de prestaciones entre el empleador, que aporta propiedad, y trabajador que aporta libertad⁵, más que una evolución en la dinámica de la relación parece un perspectiva ideológica diferente de la política productiva, donde la iniciativa privada; al implementar estos conceptos, implicará el desapoderamiento de la propiedad productiva, se iría sustituyendo por la intervención estatal, que al tiempo configurará una economía dirigida, más que regulada. Esta perspectiva por sí no es ni mala ni buena, solo que, como en el ajedrez debe analizarse las consecuencias mediatas de una jugada, de lo contrario, estaríamos como el conejo de Alicia, que no importa el destino, sino el alienable y continuo movimiento (agitación).

La pregunta que me hago es si estamos hablando de ciudadanía laboral, estamos en el camino a la libertad, o “*el camino al infierno esta regado de buenas intenciones*”, la idea es analizar las consecuencias fácticas de las ideas por más generosas (en especial) que se presenten.

Siempre es bueno recordar el llamado costo del derecho, cada derecho tiene un costo, económico, y la pregunta que podría hacerse es si el derecho a participar en las decisiones de la empresa, ¿cuánto le costará?, ¿perderá el acceso de algunas reparaciones?, ¿se puede pensar en derechos sin las respectivas obligaciones⁶?. ¿Cuáles serían las obligaciones emergentes de incluir derechos políticos en el ámbito empresario?.

Nada es gratis, todo tiene un costo, pagamos por el agua, por la tierra, el fuego, el aire, y hasta por nuestra cuenta de mail⁷.

La evolución de la esclavitud, la servidumbre y ahora la relación de dependencia, ha generado como hecho social positivo, junto al trabajo independiente (cuentapropismo), la clase media⁸, sector social de bajos ingresos y altas aspiraciones, es un logro de la movilidad social, en un Estado liberal, pero ¿cuál es el costo del emergente social?, un costo que debe pagar este sector, es la extinción social⁹, dado que obtener los recursos necesarios para mantenerse en un nivel de consumo medio alto, deben existir postergaciones, principalmente la familia, de hecho nunca es el mejor momento para casarse, comprar una casa o tener un hijo¹⁰, estos paradigmas de vida,

⁵ El Contrato de trabajo no es contrato privado más, no se trata de proteger al hiposuficiente, se trata de aplicar la Constitución Nacional y Derechos Fundamentales, donde como sociedad hemos elegido a la libertad por sobre la propiedad, reflejado en todos los cuerpos normativos, y quien pone en este intercambio la libertad, es el trabajador, por eso se lo protege, es como el omelette, la gallina participa con el huevo, y el cerdo se compromete con el jamón, el empleador participa con el capital, y el trabajador se compromete con su cuerpo.

⁶ Walter Carnota refiere al siglo XX y XXI como la perspectiva de “abundancia de derechos” sin que se haga el análisis sinalagmático del balance entre derechos y obligaciones, derechos sin obligaciones, me recuerdan más que al hombre libre, al estadio jurídico del incapaz.

⁷ Si bien no se paga dinero por una cuenta de mail, ya sea google, yahoo, o varios más, el rédito económico lo encuentran en la identificación del perfil del usuario para utilizarlo como prospecto de propuestas comerciales.

Si no se puede ver el negocio completo, no es nuestro negocio, cuando se presenta solo una parte del negocio, y no se puede saber el costo, quien lo suscribiría, si me gusta un bien, y no me dicen cuanto sale, ¿lo compro?, yo no.

⁸ La clase media es una ficción, es simplemente una cuestión de actitud, su estructura se basa en que sus ingresos, son menores iguales o apenas superiores al proletariado, pero exhibe un nivel de vida de clase acomodada.

⁹ En términos generales y a largo plazo, a modo de evolución sociológica.

¹⁰ Considero que todo sistema productivo que atente a la conformación de la familia, se asimila a un sistema esclavista.

implican una paulatina extinción social¹¹ a largo plazo de este sector. Si bien a principios y mediados del siglo XX la clase proletaria pretendía un ascenso social (“mi hijo el doctor”), hoy esos sueños se han apagado por la pincelada a la clase media como contraria al proletariado. Solo en un libro, “*El hombre de izquierda*” se ha puesto de manifiesto la alianza entre ambos sectores sociales, asumiendo esta clase media su verdadera integración proletaria, frente a una lucha social, en la que los trabajadores administrativos pegaron sus recibos de sueldo en las puertas de la empresa demostrando, su proximidad salarial, rompiendo con la alineación de ser y pensarse de maneras diferentes, la clase media oculta su ingreso porque pone en evidencia su nivel de consumo, su libertad económica próxima al trabajador industrial.

Si la búsqueda de terminar con la lucha de clases, encontrando el camino de la colaboración entre el empleador y el trabajador, en la llamada “ciudadanía laboral” resulta eficaz, será una respuesta que el tiempo dirá, pero resulta difícil encontrar una respuesta a que el empleador ceda no solo propiedad, que lo ha hecho paulativamente, y a costos significativos¹², sino libertad.

Muy distinto es considerar al trabajador como ciudadano, y que su cualidad de persona y ciudadano no perece en su rol de trabajador, ya que como tal, es sujeto de tutela especial, y mejor, pero nunca abdica a su condición de persona, circunstancia superada en nuestro país, en materia de discriminación, acoso, culto, y como paradigma se puede ejemplificar que en su momento lo habría intentado de transgredir el art. 39 de la Ley N° 24.557 (1996), que aplicaba un sistema similar al de castas (abolido hace ya 200 años) para la reparación de daños, y que tratándose de una cuestión de Derechos Fundamentales, hemos tenido la activa intervención de nuestras instituciones para que oportunamente fuera declarado inconstitucional ocho años después (fallo Aquino CSJN), y derogado por Ley N° 26.773 (2012) tan solo 16 años después.

Resumiendo, la ciudadanía laboral, no parece, en nuestro sistema productivo, una migración de derechos políticos al ámbito empresario, pretender que su significado sea el respeto de los derechos civiles, tampoco parece ser su significado, y la intención del respeto de los derechos laborales¹³, es sobreabundante. Los derechos políticos (ciudadanía) de un trabajador, podrán manifestarse en el ámbito colectivo, en cuanto a las construcciones de poder que los trabajadores generen, en función de la representación de sus intereses, pero difícilmente encuadre en la relación de poder y obediencia (productiva) con el empleador.

La palabra ciudadanía, como conjunto de derechos políticos, si se la fuerza para que otro conjunto tenga la relevancia de ésta, se corre el riesgo de carecer de legitimidad en su significado, y por consiguiente, aquello que se pretendía elevar conceptualmente, se diluye en una estructura que no lo contiene. Si la pretensión es el respeto a los derechos civiles del trabajador, alcanza con recordar que el trabajador no deja de ser persona por ingresar a la empresa, si se pretende obtener un trabajo registrado, alcanza con definir lo contrario como no registrado, ilegal, fraude o simulación, y si se pretende ingresar derechos políticos civiles en la relación empleador trabajador, estamos hablando de un cambio de paradigmas.

¹¹ Tener un enemigo desorganizado es la garantía del éxito, si es casualidad o está planificado, que la clase media no progresa, la historia lo dirá, lo claro es que diez personas organizadas pueden dominar a dos mil desorganizadas, ejemplo, piquetes en las rutas.

¹² La masacre de Chicago que se conmemora el 1° de mayo, ha sido un hito, por tratar a las trabajadoras como brujas, quemadas vivas, cual estilo de la “sagrada inquisición”.

¹³ Para reforzar esta idea, el incumplimiento del respeto de los derechos laborales, se llama trabajo no registrado, en negro, ilegal, fraude y simulación.

En términos matemáticos, si tenemos el conjunto “ciudadanía”, y el conjunto “trabajador”, existirá un subconjunto con la intersección de ambos si existen elementos que compartan características comunes, y si se busca ese elemento común, el subconjunto “ciudadanía laboral” arroja como resultado un conjunto vacío.

Así como no hay derechos políticos especiales, diferentes o exclusivos para trabajadores (hoy), ni derechos laborales y exclusivos para los ciudadanos, consecuentemente *la “ciudadanía laboral”, no existe.*

COMENTARIOS SOBRE LA NOCIÓN DE “CIUDADANÍA LABORAL”

Por Diego Ledesma Iturbide.

En mi opinión la idea de “ciudadanía laboral” es nada distinto que una construcción teórica. Tal como lo expusimos en nuestro Informe Nacional al Congreso Mundial, se trata de la posición que sostiene que cada trabajador debe ser considerado ciudadano de la empresa en la que trabaja. En este entendimiento de cosas, nada tiene que ver la ciudadanía política en esto.

Y es esta una construcción teórica que entiendo tiene una razón puramente instrumental: cuestionar la concepción de la relación de trabajo asalariado como un contrato. Y esto no significa sostener que la relación de trabajo tiene un origen distinto que el libre acuerdo entre sujetos, sino considerando puntualmente y de manera crítica las fuentes jurídicas que conforman el régimen obligacional vigente entre empleadores y trabajadores (visto esto en términos amplios y no sólo en relación a las condiciones de trabajo). Así las cosas, la condición de ciudadano de la empresa trae aparejado consigo la validación y exigibilidad de muchas más prescripciones que aquellas que derivan del texto de la ley, de las que son el resultado del ejercicio de la autonomía colectiva en la negociación colectiva y de las que surgen del ejercicio de la autonomía privada.

Así, este modo de comprender el vínculo entre trabajador y empleador ayuda a la sustentabilidad teórica de todo régimen obligacional que se presuma contiene en su seno a la totalidad de los derechos fundamentales de los seres humanos y, entre ellos, los derechos de participación política. El tema también está asociado a la exigibilidad horizontal de los Derechos Fundamentales o Constitucionales y a un cuestionamiento de la empresa como paradigma de la propiedad privada.

Por supuesto cada autor le dará luego la perspectiva que le interese según sus propias preferencias. Algunos tenderán a una visión “comunitaria” de la empresa y propiciarán o tenderán entonces hacia mecanismos de “cogestión” y otros, en cambio, priorizarán la autonomía decisional del trabajador individual, entronizarán su dignidad inherente y pretenderán así validar dogmáticamente las consecuencias prácticas del consentimiento que éste brinde, aunque atendiendo a sus resultados.

En la Argentina el tema de la “ciudadanía laboral” carece de absoluta relevancia dada la vigencia de positivismo legalista que sostiene que el derecho del trabajo es el conjunto de leyes destinadas a la regulación del trabajo asalariado, considerado en términos amplios y comprehensivo entonces también de las relaciones colectivas de trabajo¹. De hecho lo habitual es que la doctrina se concentre casi exclusivamente en la “interpretación” de las leyes y mediante el empleo aún de los denominados “métodos de interpretación” de la ley, cuya endeble solidez teórica no resiste el menor análisis.

En tal sentido y en nuestro país, los trabajadores son titulares de los derechos fundamentales a partir de lo que señalan los textos de disposiciones que se encuentran en la cúspide de la jerarquía normativa y la participación reclamada para ellos y especialmente para sus asociaciones representativas será promovida y realizada

¹ Dice JEMMAUD con dureza, *“El positivismo vulgar es poco propicio para la reflexión filosófica sobre el derecho”* JEMMAUD, Antoine, *La decadencia del derecho ¿de qué estamos hablando?*, Traducción del Francés a cargo de Ana María del Gesso. Documento disponible en Internet en la siguiente dirección: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/13/teo/teo9.pdf>

legalmente según el impacto que tengan las determinantes nociones de “diálogo social” y “trabajo decente”, acuñadas por la OIT.

Este modo de analizar las cosas, expresado en términos quizás exagerados, consiste básicamente en verificar la titularidad del derecho fundamental en cabeza del trabajador, en tanto ser humano, y en velar por la efectiva vigencia en el caso concreto y en cualquier ámbito, y todo a partir y según la jerarquía normativa de la disposición que contenga tal derecho.

En este panorama que veo preso de un pragmatismo que asfixia, poco hay espacio existe para la reflexión teórica, y lo que generalmente se observa es la acción importar de manera irreflexiva las conclusiones de los interesantísimos desarrollos Europeos (mucho más preocupados por estas cuestiones dogmáticas) para incrementar de esta manera el material argumental para la defensa de la posición que se sostiene.