

INFORMALIDAD LABORAL – REPARACIÓN DEL DAÑO QUE CAUSA AL TRABAJADOR – LA MARGINALIDAD COMO DISCRIMINACIÓN

Sergio Adrián Arce

ABSTRACT

La informalidad laboral es uno de los problemas fundamentales del mercado laboral, que causa graves perjuicios al trabajador que la sufre.

La informalidad, decidida por el empleador, oculta la condición de “trabajador”, de la víctima. Y con ello le impide y obstruye el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional. Al no registrar al dependiente, el empleador le dispensa un trato discriminatorio respecto del resto de los dependientes que si se encuentran registrados en la empresa.

Discriminación por la condición social. A todo evento, es claro que el art. 1 de la ley 23.592, nos brindaba un significado del término “discriminación” que va más allá del de trato a las personas por sus solas cualidades personales (como la raza, la religión, la nacionalidad, el sexo, etc.), pudiendo ser fundada en cualquier otro motivo que desigualitaria y arbitrariamente impida o lastime el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional.

Trato discriminatorio, contrario a los artículos 17, 81, 63 y ccts de la LCT, y fundamentalmente contrario a los principios que establecen los artículos 16 y 14 bis de la CN; y los Tratados y Convenios Internacionales (de Derechos Humanos) que determinan la prohibición de discriminar (Art. 75 inc. 22 CN).

Las prestaciones que establecen los artículos 8, 9, 10, y 15 de la ley 24.013, son verdaderas indemnizaciones, que reparan tarifadamente el daño que produce al trabajador la falta o incorrecta registración. Ante una reforma laboral, como la que se pretendió en abril de 2018, por la cual se proponía el cambio de

destino de los montos por los artículos 8, 9, y 10 LNE del trabajador a ANSES, el trabajador perderá el derecho a las indemnizaciones “tasadas” que tal norma establece, pero entiendo que no el derecho a solicitar la reparación “no tarifada”, en base a al Código Civil y Comercial de la Nación, de los daños que genere la mala registración o la falta de registración del contrato de trabajo. Incluso el trabajador podrá entender que “la no registración del contrato”, implica una acción discriminatoria en los términos del artículo 1 ley 23.592, con las consecuencias que ello acarreará para el empleador.

1.- INFORMALIDAD LABORAL – CONSECUENCIAS PARA EL TRABAJADOR

La informalidad laboral es uno de los problemas fundamentales del mercado laboral.

Pasan los años, y el desarrollo tecnológico; los nuevos conocimientos; la experiencia acumulada; y las ideas innovadoras, traen avances y soluciones a antiguos conflictos en distintos campos del mundo del trabajo. Como asimismo, nuevas problemáticas que importan un gran desafío. Sin embargo, la marginalidad registral, continúa siendo un “actual” pero viejo problema.

Marginalidad que causa graves perjuicios al trabajador victima de la misma.

La falta de registración, impide al trabajador gozar del abanico de derechos que las leyes le garantizan en su calidad de tal y en virtud del contrato de trabajo. La informalidad aleja al dependiente de la protección contra el despido arbitrario, manda constitucional del artículo 14 bis CN. Pues recordemos que ante el rechazo o desconocimiento del contrato de trabajo por parte de su empleador, el trabajador reclamante, para acceder al derecho indemnizatorio derivado de un despido indirecto, y demás derechos y presunciones que establecen la LCT, y las leyes 24.013, 25.323, etc., deberá previamente acreditar la prestación de servicios (artículo 23 LCT) ante Juez competente para que se presuma el contrato de trabajo.

En otras palabras, el empleador mediante la falta de registración y posterior negativa del contrato, restringe el acceso al goce de los derechos que

corresponden al dependiente, imponiéndole además una carga previa, la acreditación del contrato, que en muchos casos es imposible cumplir por falta de pruebas.

Circunstancia que consagra la “inestabilidad” del trabajador no registrado en su puesto. Esta es a mí entender la consecuencia perjudicial central de la informalidad para el dependiente, que lo coloca en un plano de desigual con los dependientes registrados.

Por otro lado, los trabajadores no registrados perciben salarios menores a los dependientes con empleo formal.

Es habitual que la remuneración del trabajador informal difiera del salario realmente devengado a su favor en virtud del Convenio Colectivo aplicable y los extremos del contrato de trabajo. Recordemos que el trabajador en tales condiciones no se beneficia de la negociación colectiva.

Además, atento a la falta de recibos de sueldo, el trabajador no puede acceder a financiamiento. Le es dificultoso obtener créditos por no poder demostrar ingresos, y si eventualmente accede a un crédito, el mismo es caro, en virtud del riesgo en la devolución.

Por el mismo motivo, se encuentra excluido del sistema bancario, y no puede contar con tarjeta de crédito.

Asimismo, la falta de registración impide al trabajador acreditar sus antecedentes y condiciones laborales ante la búsqueda de un nuevo empleo.

Ello además trae aparejado la dificultad de ascenso y desarrollo en su actividad o categoría. Incluso, no debemos olvidar, que determinados convenios colectivos establecen la promoción automática de categorías por antigüedad en el puesto (ante un mismo empleador u otro), derecho que se restringe al dependiente en los empleos no registrados, al no poder acreditar el tiempo de trabajo en una categoría determinada al ingresar posteriormente a un empleo registrado.

Otro perjuicio concreto de la falta de registración, es que el trabajador y su familia no cuentan con obra social.

Asimismo, el dependiente fuera de registro no está cubierto por el sistema de Riesgos del Trabajo. En este sentido, carece de prevención, atención medica

en caso de siniestros, y de reparación por las consecuencias que estos últimos generen. Y a todo evento, para obtener la reparación, deberá acreditar no solo el siniestro, sino también, y previamente, el contrato de trabajo, o bien la prestación de tareas en virtud del artículo 23 LCT.

Al no contar con prevención, los trabajadores informales se encuentran expuestos a sufrir accidentes o enfermedades profesionales en mayor medida que los trabajadores registrados

Por otro lado, el dependiente marginal no puede gozar del seguro por desempleo. Y además carece de aportes y contribuciones correspondientes al sistema de Seguridad Social, lo que perjudica innegablemente sus derechos respecto a la futura jubilación.

El cercenamiento de todos los derechos indicados ut-supra, asimismo impacta de manera negativa en la vida familiar y social del trabajador. Ello es así atento a que el trabajo es el núcleo alrededor del cual el dependiente instrumenta su desarrollo personal, familiar y social.

El trabajador no registrado, no puede proyectar su futuro, ya que no sabe si mañana continuará empleado. Es innegable el impacto psicológico que importa para el dependiente las circunstancias descriptas.

El trabajador informal es un sujeto excluido, que a diferencia de los dependientes registrados, no puede gozar de los derechos que las leyes le reconocen.

“El trabajo clandestino niega la condición de sujeto trabajador (que es lo que define, precisamente, su modo de participación en la estructura social, al estar imposibilitado de producir para sí mismo), ocultando así su propia identidad al segregarlo al “*inframundo*” laboral de la precariedad¹”.

Pero, no sólo los trabajadores padecen las consecuencias de la informalidad. Las empresas que cumplen con la legislación también son damnificadas, ya que se encuentran en desventaja respecto de las incumplidoras en referencia a los costos de producción. Una verdadera competencia desleal. La

¹ ORSINI Juan I., “El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo”, Revista Derecho del Trabajo, Año I - N° 2 – Septiembre 2012, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, CABA, p. 168

situación descrita, además puede importar una publicidad negativa, que incline a las empresas cumplidoras a convertirse en infractoras como sus competidoras.

El Estado, también se ve perjudicado por la informalidad laboral que desfinancia el sistema de seguridad social. Y el sistema público de salud debe cargar con el costo de la atención de pacientes que eventualmente deben ser canalizados por las obras sociales o las aseguradoras de riesgos del trabajo.

2.- LA LEY 24.013 – ANÁLISIS Y CRÍTICA

La ley 24.013 establece indemnizaciones a favor del trabajador derivadas de distintos supuestos que se vinculan con el incumplimiento total o parcial por parte del empleador de su obligación de registro del contrato de trabajo.

En tal sentido, el artículo 8 determina una indemnización por falta de registración del vínculo laboral. Mientras que los artículos 9 y 10 se ocupan de sancionar la incorrecta registración del contrato de trabajo, contemplando como tal, el caso de consignación en la documentación laboral de una fecha de ingreso posterior a la real (artículo 9); o de una remuneración menor a la percibida por el trabajador (artículo 10).

Y como corolario, el artículo 15 del plexo normativo, fija una indemnización que potencia la protección por despido injustificado del trabajador que haya realizado la intimación a regularizar la falta o incorrecta registración. Siendo la extensión temporal de dicha tutela de dos años desde que el trabajador notifique su requisitoria.

La marginalidad que contempla el artículo 8 LNE, lógicamente también supone los supuestos de simulación o fraude, que encubren una verdadera relación laboral. Así por ejemplo; el uso de figuras “no laborales”, para ocultar el contrato, o; la registración efectuada por un tercero quien no era el verdadero empleador como es el supuesto que derivo en el Fallo Plenario N° 323 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos “Vásquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro”; entre otros supuestos.

A.- OBJETIVOS DE LA LEY 24.013

Al momento de su sanción, la finalidad de la ley 24.013, fue disuadir al empleador de no mantener los contratos de trabajo en la marginalidad ya sea total o parcial, y tender a la regularización de los vínculos en tales condiciones. Poniendo asimismo, al trabajador como contralor de su propio empleador en el cumplimiento de la ley, motivándolo a efectuar el reclamo por el saneamiento del vínculo mediante los montos de las indemnizaciones, y asegurándole una protección extra contra el despido luego de efectuar el reclamo.

Nadie conoce mejor los incumplimientos registrales que quien los sufre, el trabajador. Es así que se pensó que motivados por las indemnizaciones de los artículos 8, 9 y 10 LNE y protegidos por la indemnización del artículo 15 LNE que desalienta el despido “represalia” por el reclamo de registración, los dependientes intimarían a sus empleadores. Y que los empleadores para evitar las sanciones, cumplirían con sus obligaciones registrales.

Véase que el artículo 2 LNE, enuncia entre los objetivos de la ley: “..j) *Promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras...*”

Se ha dicho que *“La finalidad de la ley 24013 ha sido lograr un cambio de conductas y comportamientos en los empleadores para conseguir establecer un sistema organizado y transparente que garantice las relaciones laborales, no su ruptura, por lo que las indemnizaciones que se previeron, no representan otra cosa que el mero estímulo para el trabajador que colabora en la consecución de esas metas* (Del voto del Dr. Adolfo Vázquez. La mayoría de los Ministros declaró inadmisibile el recurso extraordinario). CSJN F.102.XXXV. “Fernández, Ireneo O./ SIPEM SRL y otros” - 16/5/00 – T.323 P.1118.

No obstante los propósitos que se tuvieron en vista, *“...desde el punto de vista práctico, la sanción de la Ley de Empleo no ha contribuido al blanqueo de las relaciones clandestinas, ya que en la mayoría de las situaciones, los trabajadores*

perjudicados por el accionar empresario sólo pretenden la regularización cuando el despido es previsible o inminente...²”.

Pues, no obstante la protección que otorga el artículo 15 de la LNE, es claro que la vigencia del contrato de trabajo, condiciona gravemente la voluntad del trabajador para efectuar el reclamo del artículo 11 del mismo plexo normativo. Si ello es así para el dependiente que labora en una empresa grande, imaginémonos en la situación en que se encuentra el trabajador que presta servicios a diario con su empleador codo a codo. En este último supuesto parece impensado que el dependiente envíe la intimación a registrar el contrato de trabajo, debiendo continuar día a día el trato personal con su empleador.

Además, en la práctica cuando el trabajador remite la intimación a registrar o rectificar la registración incorrectamente efectuada, lo cierto es que la respuesta mayoritaria de los empleadores es la negativa de las circunstancias denunciadas en la requisitoria. Lo que lleva indefectiblemente al despido indirecto. En dicho sentido, reitero, el propósito de la ley, no se cumple, en virtud de que los trabajadores no intiman si desean continuar trabajando, y los empleadores intimados no registran en su inmensa mayoría.

En la actualidad, el sistema que establece la ley 24.013 sólo funciona como un medio para reparar el innegable daño que genera la falta o incorrecta registración del contrato al trabajador.

B.- ¿MULTAS O INDEMNIZACIONES?

En cuanto al carácter de las prestaciones que derivan de los artículos 8, 9, 10 y 15 de la LNE, es habitual que en la doctrina y la jurisprudencia se las designe como “**multas de la ley 24.013**”.

No obstante ello, comparto la opinión de que “*se trata de verdaderas indemnizaciones tarifadas que, como tales, operan como cláusulas penales de*

² POSE, Carlos, *Fraude y simulación en el derecho laboral*, David Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2011, p. 125.

fuerza legal que compensan por todos los daños y perjuicios que aquellos incumplimientos pudieran haber causado al trabajador, aún cuando ninguno se hubiera producido, pero cancelando al mismo tiempo el derecho de aquél a reclamar una reparación con fundamento en las normas del Código Civil y Comercial por el mayor daño que hubiera sufrido³.

En el texto mismo de los artículos en análisis de la ley 24.013 se habla de “indemnizaciones”, y no de multas. Así por ejemplo el artículo 8 de la ley 24.013 dice: “El empleador que no registrare una relación laboral abonará al trabajador afectado **una indemnización...**”. En igual sentido los artículos 9, 10 y 15 LNE.

Además, textualmente el artículo hace referencia al “trabajador afectado”. La remisión a la “afectación”, nos lleva a pensar en el “daño”. Recordemos que el presupuesto de toda reparación en el derecho, es el daño, que en este caso es causado al dependiente, por el incumplimiento registral. Ya sea por falta o incorrecta registración del Contrato de trabajo.

Recordemos que cuando se habla de reparar un daño, estamos ante un derecho que deriva del principio “alterum non laedere”, que prohíbe perjudicar los derechos de un tercero (artículo 19 de la Constitución Nacional).

En consecuencia: “la violación del deber de no dañar a otro... ..da lugar a la reparación del daño causado” (artículo 1716 CCyCN).

Pues, la ley 24.013 viene a tasar ese daño. Y a reemplazar el que podría eventualmente solicitar el trabajador en arreglo al Código Civil y Comercial de la Nación. Entender que el trabajador marginal no tiene derecho a reparación por los perjuicios consecuencia de la arbitraria decisión del empleador de no registrar el contrato de trabajo, implicaría abalar una discriminación con otro ciudadano de la Nación que puede reclamar la reparación de daños. En este sentido, la ley 24.013 tarifa dichos daños, y los compensa.

Son indemnizaciones disuasivas para el empleador, o bien “lo fueron en un comienzo”, compeliéndolo a mantener los contratos registrados y de manera correcta, asimismo, y principalmente dado lo explicado ut-supra respecto del

³ ACKERMAN, MARIO E., “Algunas posibles consecuencias de la eliminación o cambio de destino de las mal llamadas multas de las Leyes 24013 y 25323 y del artículo 80 de la LCT”, Rubinzal Culzoni, Revista Online, viernes 17 de noviembre de 2017.

condicionamiento para intimar a la registraci3n, hoy se destaca su car3cter “preparatorio” del da1o que genera al dependiente la falta de registraci3n o la incorrecta registraci3n del contrato de trabajo.

Incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, las ha denominado “**indemnizaciones agravadas**” de la ley 24.013, cuya finalidad no s3lo es proteger un determinado bien jur3dico, sino desalentar eventuales conductas evasivas del empleador (Autos: “Coscarelli, Mart3n c. Buenos Aires Rowing Club Asociaci3n Civil y otros. Despido” SCBA LP L 116628 S 22/03/2016).

“La indemnizaci3n -incorrectamente denominada ‘multa’ por la Ley Nacional de Empleo, en definitiva es la tasaci3n del da1o que sufre el trabajador por la falta de aportes, habiendo prestado servicios durante a1os en situaci3n irregular- y, por otro lado, lo priva de una cobertura m3dica (Obra Social y ART) y de derechos futuros a una jubilaci3n acorde con el tiempo trabajado...⁴”.

Por otro lado si afirm3ramos que las prestaciones que establece la ley 24013, tienen la naturaleza jur3dica de “multas”, deber3a advertirse que en la legislaci3n vigente, mediante ley 25.212, asimismo es posible sancionar al empleador con una “verdadera multa”, por la falta de registraci3n del trabajador. Y consecuentemente el empleador podr3a considerar que se encuentra contrariado el principio “non bis in idem”, de pretender que sea pasible de sanci3n por dos multas por el mismo incumplimiento.

No obstante la posici3n que se desarroll3 a lo largo del presente apartado sobre que las prestaciones de la ley 24.013 son indemnizaciones, la opini3n contraria entiende que: “...La multa no tiene car3cter de indemnizaci3n sino de multa, pues no compensa da1o alguno sino que pune una conducta t3pica y antijur3dica prevista por la ley con anterioridad al hecho de la causa. Se establece una obligaci3n frente al incumplimiento de la persona obligada. La multa es una sanci3n de tipo econ3mico, que afecta la situaci3n patrimonial de la persona a quien ha sido impuesta, que no aspira a la reparaci3n del da1o ocasionado sino que es un castigo al infractor. El Estado a trav3s de su poder legislativo al

⁴ SCHICK Horacio, *Proyecto de reforma laboral enviado al Congreso el 18 de noviembre de 2017. An3lisis de una historia repetida y fracasada*, Informe Labora N3 63, Disponible en sitio Web: http://www.estudioschick.com.ar/in_63.pdf

considerarlas punitivas y no resarcitorias puede tanto imponerlas como quitarlas ya que no se está afectando el patrimonio del acreedor. CNAT Sala V Expte. N° 15.466/2011/CA1 Sent. Def. N° 77.685 del 16/12/2015 “Cirillo, Antonio c/ Coasin Comunicaciones SA s/ despido”. (Arias Gibert - Zas).

C.- ¿SON CONSTITUCIONALES LOS REQUISITOS DEL ART. 11 LNE PARA EL DEVENGAMIENTO DE LAS INDEMNIZACIONES?

Como se ha explicado, en la práctica uno de los objetivos que se ha pretendido al momento de la sanción de la ley 24.013 “*promover la regularización de las relaciones laborales*” no se cumple, atento a que la dación de tareas condiciona la voluntad del trabajador para intimar por la registración. Además, en caso de ser intimado, el empleador, habitualmente no cumple con lo requerido. Actualmente, el sistema que establece la ley 24.013, mediante las indemnizaciones, sólo cumple la función reparadora del innegable daño que genera la falta o incorrecta registración del contrato al trabajador.

En dicho sentido, es una cuestión criticable que la falta de cumplimiento por parte del dependiente de alguno de los requisitos del artículo 11 LNE, o incluso que el cumplimiento de la registración por parte del empleador conlleve al no devengamiento de las indemnizaciones a favor del trabajador. Ello atento a que de todas maneras el daño por la falta de registración ya se viene generando con anterioridad a la intimación.

“Si dentro del plazo de treinta días corridos el empleador soluciona la clandestinidad, queda liberado de la indemnización. Esta liberación se opone a la Constitución Nacional tanto en lo que refiere a la propiedad privada del trabajador afectado como en lo que respecta a la protección del Mundo del Trabajo, razón por la cual contradice los artículos 14 y 14 bis. Violenta la propiedad privada porque la Indemnización a percibir es consecuencia de la clandestinidad cometida

en el pasado. El único sujeto que podría condonar la deuda sería el afectado, si no tuviera impedida tal conducta por el principio de irrenunciabilidad...⁵

Resulta también cuestionable, que el trabajador que no cumpla con la remisión de la intimación a AFIP se vea privado de las indemnizaciones derivadas de la falta de registración, incluso cuando el empleador no cumpla con la regularización del contrato de trabajo.

Obsérvese el desequilibrio de la norma. Por un lado el empleador puede liberarse de abonar la indemnización si registra. O bien, eventualmente puede liberarse asimismo aunque no haya registrado, sí el trabajador “víctima”, no remite a la AFIP dentro del plazo “muy breve” que la norma establece, la copia de la intimación.

Además, el requisito de remisión de copia de la intimación a la AFIP dentro del plazo de 24 horas desde que se remitiera la intimación al empleador, desplaza el poder de policía que debe ejercer el Estado, y lo pone en cabeza del trabajador víctima del infractor. Castigándolo con la quita de las indemnizaciones, en caso de que no cumpla con ese rol que no le corresponde cumplir.

Al respecto se ha sentenciado que: “El inc. b) del art. 11 de la ley 24013 entra en contradicción con su propia sustancia, porque si la pronunciada intención del legislador fue combatir el trabajo en negro, el control del mismo no puede estar en manos del trabajador. Quien infringe es el empleador, por lo que el castigo debe ser para él, no resultando lógico que por un defecto meramente adjetivo, al tiempo de reclamar el trabajador la reparación prevista en la norma citada, deba formalizar obligatoriamente la comunicación a la AFIP, bajo la consecuencia de perder el derecho al cobro de la indemnización. Al no encontrar obstáculo en no mantener el requisito de dicha comunicación prevista por la norma, siempre que el hecho de no formalizarla implique al trabajador la pérdida de percibir la indemnización en cuestión, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma citada, toda vez que la única condición sine qua non, sería la del inciso “a”. CNAT Sala III Expte. Nº 27.979/08 Sent. Def. Nº 93.135 del 25/06/2012 “Pineda

⁵ CAPÓN FILAS, Rodolfo, “*Ley de Empleo*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, p. 40

Vallejos, Ethel Liliana c/ Nolitel Group Got SRL y otros s/despido” (Cañal - Rodríguez Brunengo).

D.- LOS INTENTOS DE REFORMA LABORAL: LA ELIMINACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES LEY 24.013

En fecha 27/04/2018 ingresó al Senado de la Nación, un proyecto de reforma laboral impulsado por el gobierno, dividido en tres proyectos de ley. Debido a la falta de consenso, y sin dudas, a la crisis económica y política que es de público conocimiento, no se decidió avanzar con su tratamiento.

Uno de los proyectos de ley propiciaba que sea la ANSES quien perciba los montos en virtud de las sanciones de los artículos 8, 9, y 10 de la ley 24.013 (artículo 20 del proyecto), y no el trabajador afectado por la falta o deficiente registración del contrato de trabajo. Asimismo, se proponía la derogación de los artículos 15 de la LNE, y 1 de la ley 25.323 (artículo 43 del proyecto).

Posteriormente, ante el rechazo social y de los distintos sectores del mundo del trabajo, se presento un nuevo proyecto, que mantenía las indemnizaciones a favor del trabajador pero limitando su monto.

El proyecto de abril de 2018, destacaba la naturaleza jurídica de las prestaciones de los artículos 8, 9, y 10 LNE, como “MULTAS”, poniendo el énfasis en el empleador a quien se debe sancionar o castigar por el incumplimiento, lo cual en dicha tesitura **permitía improcedentemente que en el proyecto de reforma se cambiara el destino del dinero que el empleador debe abonar, del trabajador a la ANSES.**

Pero, tal como se planteo en los apartados anteriores, las indemnizaciones de la ley 24.013 reparan tarifadamente el daño por la deficiente o nula registración. **Y de tal manera el proyecto, no cambiaba el destinatario de una multa, sino que pretendía eliminar la reparación del daño que el trabajo clandestino genera.**

En este sentido, de haberse aprobado dicho proyecto, hubiese implicado un importante retroceso en los derechos del trabajador.

En la práctica, hoy un trabajador que es despedido, cuyo contrato se encontró fuera de registro o incorrectamente registrado, podrá percibir además de las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo, las indemnizaciones de la ley 24.013, que cubren el daño extra que causó el incumplimiento registral total o parcial, en caso de que haya cumplido con los requisitos del artículo 11 LNE, o bien la del artículo 1 ley 25.323, subsidiariamente.

Si se hubiese aprobado el pretendido proyecto, se hubiese privado al trabajador de la reparación del daño que innegablemente produce la marginalidad registral.

Por los fundamentos que vengo exponiendo, es claro que estamos ante un proyecto que contradicen el principio de progresividad. Lo cual puede ser corroborado incluso efectuando una simple comparación entre el monto que percibiría como liquidación un trabajador despedido cuyo contrato de trabajo hubiese estado fuera de todo registro, en la actualidad (indemnizaciones en virtud del despido, rubros obligatorios, e indemnizaciones de la ley 24.013), y el que le correspondería al mismo trabajador de encontrarse vigente la reforma pretendida en abril de 2018 (solo reparaciones derivadas del despido y rubros obligatorios). La diferencia monetaria peyorativa es evidente.

No resultaría justo que bajo la indemnización tarifada del artículo 245 LCT, pudiese permitirse perjuicios al trabajador, superiores a los que se derivan del incumplimiento de mantenimiento del vínculo, o sea el despido arbitrario.

Ello importaría prohibir al dependiente del goce del derecho a la reparación de los agravios que se le causaron, que todo habitante de la Nación posee.

Las pretendidas reformas son inconstitucionales, contrarias a los artículos 14 bis, 16, 17, 19 de la Constitución Nacional. Principalmente contrarían el principio de progresividad que se consagra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (artículo 26), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.1), ambos con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 C.N.

Los argumentos falsos que se esgrimieron para impulsar los proyectos de reforma laboral, fueron que los cambios propuestos generarían; creación de empleo; llegada de inversiones al país; baja de la litigiosidad; entre otros.

Derechos conquistados, versus hipotéticos resultados beneficiosos futuros. El planteo pone en cabeza de los derechos indemnizatorios que se pretenden restringir y en algunos casos eliminar, la responsabilidad por la falta de inversiones en la Nación, e incluso por la falta de creación de empleo formal. Ya en la década del '90 quedó demostrado que la flexibilización de los derechos laborales no trae como consecuencia la creación de puestos de trabajo, y mucho menos de empleo de calidad.

3.- TRABAJADOR NO REGISTRADO – DISCRIMINACIÓN

Como se planteo a lo largo de la presente ponencia, el trabajador no registrado es un sujeto “excluido”, que a diferencia de los dependientes registrados, no puede gozar de los derechos que las leyes le reconocen.

El empleador que “decide” no registrar a un trabajador, sin dudas le dispensa un trato discriminatorio respecto del resto de los dependientes que si se encuentran registrados en la empresa.

“La clandestinización total o parcial de la relación laboral es un modo sofisticado de discriminación ya que excluye del universo normativo a los trabajadores afectados...” (Stringa Domingo Alberto C/ Unilever de Argentina S.A. S/Despido”, de fecha 23/10/2000, sentencia definitiva 53533- Del voto del Dr. Rodolfo Capón Filas).

La falta de registración, decidida por el empleador impide y obstruye el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional al trabajador.

Trato discriminatorio, contrario a los artículos 17, 81, 63 y ccts de la LCT. Como así también, y fundamentalmente contrario a los principios que establecen

los artículos 16 y 14 bis de la CN; y a los tratados y convenios que determinan la prohibición de discriminar, que poseen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inc. 22 CN a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Discriminación que podría invocar la víctima, requiriendo su reparación en virtud del artículo 1 de la ley 23.592, en el escenario de la vigencia de una reforma laboral que elimine las indemnizaciones tarifadas de los artículos 8, 9, 10 y 15. Ello, sin perjuicio del pedido de inconstitucionalidad planteado subsidiariamente.

En este sentido, el Dr. Akerman, acertadamente explicó que en caso de eliminarse las indemnizaciones tarifadas: *“el mayor riesgo que enfrentará el empleador en infracción, será que se considere que con su omisión de registro ha incurrido en una práctica discriminatoria y, con fundamento en las reglas del artículo 1 de la Ley 23.592, podría ser obligado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño causado al trabajador... .. y podría así reclamar, la reparación plena del daño, lo que podría incluir el mantenimiento del vínculo, el pago de los salarios caídos, la pérdida de chances (art. 1738 y 1740) y el daño extrapatrimonial (art. 1741)⁶”*.

Ley antidiscriminatoria” (ley 23.592), que es de carácter general y totalmente aplicable en el ámbito laboral, tal como fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 7 de diciembre de 2010, en el famoso fallo: “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”.

El Dr. Orisini ha explicado que: “Sin perjuicio de constituir una discriminación por la condición social (causa vedada de distinción incluida en el listado no taxativo del art. 1 de dicho cuerpo legal), el trabajo clandestino afecta el libre ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías constitucionales (derechos laborales y de la seguridad social, arts. 14 bis y 75 inc. 22, C.N.), encuadrando asimismo en la fórmula antidiscriminatoria genérica comprendida en

⁶ ACKERMAN, op. cit.

dicha normativa, que consagra, acertadamente, un concepto amplio de discriminación...⁷”

“El art. 1 de la ley 23.592, ya nos brindaba con antelación a la reforma constitucional de 1994 un significado del término que iba mucho más allá del de trato a las personas por sus solas cualidades personales. Es discriminatoria toda conducta que arbitrariamente impida, obstruya o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías que consagra la constitución. Y ya fuere que el motivo para tal discriminación se encuentre en cualidades personales o inherentes a la persona (como la raza, la religión, la nacionalidad, el sexo, gremial, etc.) o en cualquier otro motivo que desigualitaria y arbitrariamente impida o lastime el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional” (SCBA, “Villalba c/ The Value Brands Company” – Sentencia de fecha 22/12/2010)

4.- CONCLUSIÓN

La marginalidad laboral continúa siendo uno de los problemas centrales del mundo del trabajo.

El trabajador no registrado es un sujeto “excluido”, que a diferencia de los dependientes registrados, se ve impedido de gozar de los derechos que las leyes le reconocen.

Las consecuencias de la informalidad laboral afectan no sólo al trabajador víctima y a su familia, sino también a las empresas no infractoras dado la competencia desleal que generan las firmas que no cumplen con la registración de sus dependientes abaratando los costos de producción; y al Estado que se ve desfinanciado por la falta de ingreso de los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social.

⁷ ORSINI Juan I., “El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo”, Revista Derecho del Trabajo, Año I - N° 2 – Septiembre 2012, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, CABA, p. 169/170.

El empleador que “decide” no registrar a un trabajador, sin dudas le dispensa un trato discriminatorio respecto del resto de los dependientes que si se encuentren registrados en la empresa.

Discriminación incurra en los términos del artículo 1 de la ley 23.592.
Discriminación por la condición social.

El termino discriminación del artículo 1 de la ley 23.592, va más allá del trato a las personas por sus solas cualidades personales (como la raza, la religión, la nacionalidad, el sexo, etc.), pudiendo ser fundada en cualquier otro motivo que desigualitaria y arbitrariamente impida o lastime el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional.

Ante un escenario en el cual por ejemplo, el trabajador se vea privado de las indemnizaciones que establecen los artículos 8, 9, 10 de la LNE, las cuales reparan el daño por la falta o incorrecta registración, nada impediría que reclame la reparación “no tarifada”, en base al Código Civil y Comercial de la Nación, entendiendo que “la no registración del contrato”, implica una acción discriminatoria en los términos del artículo 1 ley 23.592, con las consecuencias que ello acarreará para el empleador.