



Renato Javier Berrino
Trabajo Final de Graduación

**“Derechos Fundamentales Laborales. El caso de las
Horas Extras Forzosas”**

Universidad Siglo 21
Abogacía
2017

AGRADECIMIENTOS

Inspirado por mis hijos Renato Manuel, Juan Ignacio, Hernán y Pierina.

Con el apoyo inmenso e incondicional de mi esposa y compañera de aventuras
Claudia.

Gracias.

Renato J. Berrino

RESUMEN

La presente investigación se propuso indagar acerca de si es posible en el ámbito jurídico argentino invocar, en el caso de que se verifiquen Horas Extras Forzosas (HEF) en el marco del trabajo en relación de dependencia, una violación a los Derechos Humanos del trabajador.

En virtud de ello se analizaron Declaraciones, Tratados, Pactos e iniciativas internacionales sobre Derechos Humanos respecto a trabajo forzoso, y se concluyó de manera positiva respecto a que una situación de HEF configura una violación de Derechos Humanos.

Se definieron luego los Derechos Fundamentales Laborales y se realizó un análisis de su aplicación directa y operativa en Argentina.

Adicionalmente se reseñó el tratamiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial local respecto de situaciones descriptas como HEF.

Posteriormente se hizo un repaso de la problemática socio económica argentina actual para ver si contribuye hoy día o no a la mayor o menor situación potencial de vulnerabilidad de un trabajador.

Se ensayaron diferentes hipótesis de imposiciones de HEF por parte de un empleador.

Finalmente se hizo un análisis del derecho de resistencia del trabajador afectado por una situación de HEF, consignando los recursos y acciones procesales individuales con que puede contar frente las mencionadas hipótesis de HEF.

Palabras clave: horas extras forzosas – derechos humanos – derechos fundamentales laborales - vulnerabilidad – derecho de resistencia individual

ABSTRACT

The present investigation has proposed to inquire about if it is possible in the Argentine juridical scope to invoke a violation to the Human Rights of the worker, in the case that Forced Extraordinary Hours (FEH) are verified in the frame of the work in relation of dependence.

As a result, Declarations, Treaties, Covenants and international initiatives on Human Rights regarding forced labor were analyzed, and it was concluded positively that a FEH situation constitutes a violation of Human Rights.

The Fundamental Labor Rights were defined and an analysis of its direct and operative application in Argentina was made.

Additionally, the doctrinal, legislative and local jurisprudential treatment regarding situations described as FEH was outlined.

Subsequently, a review was made of the current socio-economic problem in Argentina to see if it contributes today or not to the greater or lesser potential situation of vulnerability of a worker.

Different hypotheses of FEH impositions by an employer were tested.

Finally, an analysis was made of the right of resistance of the worker affected by a situation of FEH, recording the resources and individual procedural actions that can count against the aforementioned FEH hypotheses.

Key words: forced extra hours - human rights - fundamental labor rights - vulnerability - right of individual resistance

Índice General

I. Introducción (6)

II. Protección contra el Trabajo Forzoso: su tratamiento en Declaraciones, Tratados y Pactos Internacionales de aplicación imperativa y en iniciativas internacionales de aplicación no imperativa (10)

III. Horas Extras Forzosas (HEF): su definición como Trabajo Forzoso según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Resoluciones (CEACR) de la OIT (23)

IV. Derechos Fundamentales Laborales (DFL): análisis de su aplicación directa y operativa en Argentina (25)

V. Tratamiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial argentino respecto de situaciones descriptas como HEF (39)

VI Problemática socio económica argentina actual y composición de hipótesis de situaciones de HEF en Argentina (51)

VII Derecho de resistencia del sujeto afectado por una imposición de prestar HEF en Argentina (59)

VIII Conclusiones (64)

IX Bibliografía (68)

X Índice sumario (75)

I. Introducción

El presente trabajo ha hallado origen en la indagación acerca de si resulta posible en el ámbito jurídico argentino invocar una violación a los Derechos Humanos del trabajador en el caso de que se verifiquen Horas Extras Forzosas en el ámbito del trabajo en relación de dependencia, de acuerdo a los lineamientos brindados en la materia por Declaraciones, Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos en general, y por los Pactos de la Organización Internacional del Trabajo en particular.

Se ha trabajado bajo la hipótesis de que efectivamente se verificaba una violación a los Derechos Humanos del trabajador en los casos en que el mismo, hallándose en una situación de vulnerabilidad económica, se ve compelido por parte de su empleador a cumplir horas extraordinarias bajo pena de perder su trabajo o de ver mermada su remuneración.

A su vez este escrito ha encontrado motivación directa en base a situaciones vividas por el autor en infinidad de ocasiones, así como por haber sido testigo presencial de casos ocurridos a terceros. Adicionalmente, la labor se justificó en la intuición de que se estaba frente a una temática con importantes consecuencias prácticas en la vida de las personas afectadas - en definitiva lo que ocurre cuando se verifican violaciones a Derechos Fundamentales Laborales que resultan ser parte de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales – en virtud de situaciones que se encuentran muchas veces ocultas o disimuladas en la realidad cotidiana de las relaciones laborales.

Para estos fines, en cuanto a la metodología de la investigación, el tipo de estudio ha consistido en uno exploratorio y descriptivo (Hernández Sampieri, Fernández Collado, y Baptista Lucio, 1997). De tipo exploratorio debido a que no existían demasiados antecedentes sobre la problemática elegida, y de tipo descriptivo ya que se ha intentado sistematizar el conocimiento para dar una recomendación acerca de cómo actuar en los extremos a analizar. La investigación siguió el método cualitativo (Yuni y Urbano, 2006) ya que se llevó a cabo con el objeto de analizar e interpretar toda la normativa vigente,

tanto internacional como nacional, respecto al problema de investigación con la intención de captar el sentido de la misma, para obtener un conocimiento válido y útil en situaciones concretas de violación a derechos humanos en ámbitos laborales. En cuanto a las técnicas de recolección de datos y a las principales fuentes a utilizar (Yuni y Urbano, 2006) se ha recurrido a la observación de documentos, es decir a la revisión documental, consistente en el estudio de todos los datos, documentos e información obtenidos a través de las fuentes primarias y secundarias.

En consecuencia, la investigación se dirigió primordialmente hacia antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, tanto internacionales como nacionales, que se constituyeron en dichas fuentes primarias mencionadas. Los antecedentes legislativos de aplicación imperativa para nuestro país investigados comprendieron nada menos que las principales declaraciones y pactos en materia de Derechos Humanos emanados de los ámbitos de la Organización de Naciones Unidas, especialmente los provenientes de la Organización Internacional del Trabajo. Cobraban especial importancia las declaraciones y tratados provenientes del ámbito de la Organización de Estados Americanos, como así también lo legislado en materia socio laboral para el Mercosur. Otras fuentes primarias de orden legislativo de aplicación no imperativa han resultado ser las diversas iniciativas que han partido del seno de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico referentes a las problemáticas entre empresas y los Derechos Humanos, iniciativas caracterizadas por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. En el ámbito local se tuvieron en cuenta como fuente primaria la Constitución Nacional y las principales leyes y decretos laborales vigentes. En cuanto a antecedentes doctrinarios como fuente primaria la investigación se orientó por un lado a doctrina, tanto de juristas extranjeros como de argentinos, que vinculara el Derecho del Trabajo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por otro a doctrina especializada en

materia laboral de la República Argentina. En relación a antecedentes de jurisprudencia se consultaron tanto en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como internamente. Finalmente, en materia de fuentes secundarias se buscó consultar autores que hayan intentado una reinterpretación de las principales fuentes legales en materia laboral a la luz de lo acontecido desde la reforma constitucional de 1994 hasta el presente.

El trabajo trata entonces, como se adelantara, de una forma muy específica de violación de Derechos Humanos, cual es la imposición por parte del empleador al dependiente, que se encuentra en un estado de vulnerabilidad, de realizar horas extraordinarias, convirtiéndose de esta manera esas horas extras en forzosas. Para entender esta particular violación hay que empezar por saber cómo es considerado el Trabajo Forzoso en el marco del Derecho Internacional de Derechos Humanos. En el capítulo II se expone entonces como está contemplada dicha figura de Trabajo Forzoso en Declaraciones, Pactos y Tratados internacionales de aplicación imperativa u obligatoria para los Estados, junto a una cantidad de iniciativas internacionales de aplicación no imperativa para la promoción de los Derechos Humanos en el ámbito empresario en general.

Una vez explicado este marco general, el capítulo III deja definida la temática central objeto de este trabajo, es decir cómo y por cual organismo internacional están definidas las Horas Extras Forzosas como una variante o posibilidad de Trabajo Forzoso.

El capítulo IV busca responder la pregunta acerca de si los Derechos Fundamentales Laborales, entre ellos los que protegen al trabajador de situaciones de Trabajo Forzoso en general y de Horas Extras Forzosas en particular, terminan siendo en la actualidad de aplicación directa y operativa en Argentina, y de qué manera llega a producirse esto.

En el capítulo V se pasa al ámbito jurídico interno argentino, y se analiza qué legislación, doctrina y jurisprudencia tocan la problemática como la que describe una situación de Horas Extras Forzosas, aún si no se tuviera en cuenta

la actual prevalencia de la doctrina monista por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También en este capítulo V se deja conceptualizado el límite entre la obligación y la no obligación del trabajador de hacer horas extras, según el ordenamiento local vigente, y por lo tanto el límite entre horas extras lícitas o ilícitas.

En el capítulo VI se analizan las actuales circunstancias socioeconómicas y laborales argentinas con el objeto de percibir si las mismas pueden potenciar o incrementar la situación de vulnerabilidad de un trabajador ante un intento de imposición de Horas Extras Forzosas por parte del empleador. En el mismo capítulo se dejan definidas distintas hipótesis acerca de las posibles situaciones en las que podría hallarse un trabajador en la práctica ante dicha imposición de Horas Extras Forzosas por parte del empleador.

Finalmente, en el capítulo VII se describen todas las opciones procesales que tiene un trabajador que se halle encuadrado en alguna de las hipótesis del capítulo VI para resistir esa imposición de realizar Horas Extras Forzosas, dejando en claro que la situación de violación de Derechos Humanos que se verifica podrá ser usada como argumento sustancial en cualquiera de esas alternativas.

Finalmente, en el capítulo VIII se exponen las conclusiones.

II. Protección contra el Trabajo Forzoso: su tratamiento en Declaraciones, Tratados y Pactos Internacionales de aplicación imperativa

a. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

A la finalización de la Primera Guerra Mundial y con la firma del Tratado de Versalles en 1919 se crea la Organización Internacional del Trabajo, conocida como OIT. En el mismo año de 1919 se celebra la primera Conferencia Internacional del Trabajo, en Washington, de la cual Argentina participa asistiendo con una delegación presidida por el Dr. Leónidas Anastasi.

Según reza su página web, la OIT es una agencia tripartita de la ONU: reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.¹

Ya en el mismo Preámbulo de la Constitución de la OIT, en lo ha resultado ser la primera carta internacional de derechos de los trabajadores, se encuentran premisas para la fijación de la jornada máxima laboral, la reglamentación de las horas de trabajo y la garantía de un salario vital adecuado.² También en 1919 se firma el Convenio N° 1 de la OIT que se refiere justamente en su artículo 2° sobre la limitación de la jornada de trabajo en 8 horas diarias y 48 horas semanales en las industrias.³

Más tarde, en 1930, se firma el Convenio N° 29, que dispone la obligación de los Estados miembros que lo ratifiquen de suprimir el Trabajo Forzoso (u obligatorio) en todas sus formas. En dicho convenio el párrafo primero del artículo N°2 la expresión Trabajo Forzoso designa “todo trabajo o servicio

¹ Página web de la OIT en español. Recuperado el 21/1/17 de <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>

² Constitución de la OIT (1919), Preámbulo.

³ C001 - Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919, ratificado por Argentina el 30/11/1933.

exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”⁴.

En el mismo año también se celebra el Convenio N° 30 referente a las horas de trabajo en comercio y servicios, llevando también el límite máximo de la jornada a 8 horas diarias y 48 horas semanales.⁵

Cerca de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se produce, en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo que se lleva a cabo en Filadelfia, la Declaración de Filadelfia de 1944, de objetivos y principios fundamentales de la OIT. Es importante destacar la consagración en esta Declaración de los 4 principios fundamentales que recoge el artículo I° de la misma, destacándose a los fines de este trabajo el inciso a) que consagra que el trabajo no es una mercancía. Los otros tres incisos son: b) La libertad de expresión y asociación es esencial; c) La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos, d) La lucha contra las carencias debe hacerse con vigor implacable, con la participación de trabajadores, empleadores y gobiernos.⁶

En 1957 se firma el Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, que en su artículo 1° dispone: todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: (a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; (b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;

⁴ C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, ratificado por Argentina el 14/03/1950.

⁵ C030 - Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930, ratificado por Argentina el 14/03/1950.

⁶ Declaración de Filadelfia de la OIT, del 10/05/1944.

(c) como medida de disciplina en el trabajo; (d) como castigo por haber participado en huelgas; (e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.⁷

Más cerca en el tiempo, en 1998, con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, el 18 de junio de 1998, la OIT decidió reasumir un papel activo en un momento en el cual arreciaban las consecuencias de la Globalización a nivel mundial. El objetivo perseguido por la declaración ha sido fomentar las oportunidades de lograr *Trabajo Decente* para todos los hombres y mujeres, entendiéndose por tal el trabajo que se realiza con libertad, equidad, seguridad y dignidad. Se reafirman en consecuencia cuatro objetivos a tales efectos, según reza el punto 2º: (La Conferencia Internacional del Trabajo) declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.⁸

Como se aprecia, esta declaración, en materia de este trabajo, consagra en su punto 2(b) la eliminación de todas las formas del trabajo forzoso u obligatorio.

Con respecto a este principio fundamental se consideran de aplicación

⁷ C105 - Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, ratificado por Argentina el 18/01/1960.

⁸ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 18/06/1998. Por ser una declaración no tiene necesidad de ratificación por parte de los Estados miembros.

específica los convenios fundamentales N° 29 de 1930 y N° 105 de 1957 ya mencionados.

En este sentido es que luego en el año 2007, en el marco de la 96° Convención Internacional del Trabajo para erradicar el trabajo forzoso, referente al estudio sobre estos dos convenios N° 29 y N°105 citados, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Resoluciones (CEACR) produce el Informe III parte 1B que en su Capítulo 2, parte II, apartado 8 incluye a las horas extras forzosas, es decir impuestas por el empleador aprovechando la vulnerabilidad del trabajador, como situación de Trabajo Forzado que amerita la protección del convenio N°29.⁹

Siguiendo en el ámbito específico del trabajo forzoso, en el año 2014 la OIT produce el Protocolo relativo al Convenio N°29 de 1930, por el cual se exhorta a todos los países miembros a adoptar medidas eficaces para la prevención y eliminación del trabajo forzoso.¹⁰

b. Organización de Naciones Unidas (ONU)

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial renace en el concierto de las naciones un espíritu humanista que ya había quedado de manifiesto en la Declaración de Filadelfia de 1944 antes mencionada. El 24 de octubre de 1945 cincuenta y un países fundan la Organización de Naciones Unidas (ONU) con la firma la Carta de las Naciones Unidas. La OIT pasó entonces a estar en el ámbito de la ONU, convirtiéndose en su primer órgano especializado en 1946.

En cumplimiento de un sentimiento general que había quedado pendiente luego de fundarse la ONU cual era lograr que las naciones generaran un documento que garantizara un conjunto de derechos fundamentales con reconocimiento supranacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en su seno la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el 10 de

⁹ Informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y resoluciones. Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), en la Conferencia Internacional del Trabajo N° 96 del 2007.

¹⁰ P029 - Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, ratificado por Argentina por medio de Ley N° 27.252 del 01/06/2016.

diciembre de 1948. En materia laboral, esta piedra basal consagra a los derechos laborales como derechos humanos en su art. 23°, implicando su redacción garantía implícita contra el trabajo forzoso. Dicho artículo 23° reza: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.¹¹

Siguiendo en el ámbito de la ONU, posterior a la DUDH, dos pactos internacionales de 1966 terminaron conformando lo que se denomina la “Carta internacional de derechos humanos”. Ellos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y sus protocolos facultativos.

En lo que hace a trabajo forzoso, el PIDCP hace mención explícita al mismo en su artículo 8.3.a) al establecer que nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso y obligatorio.¹²

El PIDESC garantiza el trabajo libremente escogido y aceptado en su art. 6.1- que señala que los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de ONU, París, 10/12/1948. Argentina le concedió rango de jerarquía constitucional según art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional por reforma de 1994.

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por Argentina mediante Ley 23.313 vigente desde 06/05/1986. Argentina le concedió rango de jerarquía constitucional según art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional por reforma de 1994.

medidas adecuadas para garantizar este derecho. Por su parte, el artículo 7 del PIDESC dispone que los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores; i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) la seguridad y la higiene en el trabajo; c) igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.¹³

c.Organización de Estados Americanos (OEA)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Históricamente, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después. Esta declaración consagra los Derechos Fundamentales Laborales a nivel continente americano. Su artículo XIV prescribe que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades

13 Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por Argentina mediante Ley 23.313 vigente desde 06/05/1986. Argentina le concedió rango de jerarquía constitucional según art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional por reforma de 1994.

existentes de empleo, y que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia. A su vez, el artículo XV dispone que toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual y físico.¹⁴

Más adelante, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. En su artículo 6 prohíbe expresamente el trabajo forzoso al decir de su inciso 2: Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.¹⁵

La CADH ha sido completada en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Protocolo de San Salvador, de 1988. Su artículo 6 de Derecho al Trabajo en su inciso 1 determina que toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Su artículo 7 de Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias del Trabajo, establece que los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para

¹⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948. Argentina le concedió rango de jerarquía constitucional según art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional por reforma de 1994.

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Ratificada por Argentina por Ley N° 23.054 vigente desde 19/03/1984. Argentina le concedió rango de jerarquía constitucional según art. 75° inc. 22 de la Constitución Nacional por reforma de 1994.

lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; e. la seguridad e higiene en el trabajo; f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida; g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos; h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.¹⁶

d.MERCOSUR

¹⁶ Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Ratificado por Argentina Por Ley N° 24.658, vigente desde 15/07/1996.

La Declaración Socio laboral del Mercosur de 1998 formalmente se trata de una declaración firmada por los presidentes de los países miembros. La misma contiene un mecanismo de seguimiento anual, realizado por la Comisión Socio Laboral. Aunque Se encuentra discutida la naturaleza y sobre todo la obligatoriedad de la Declaración Socio Laboral, ya que la misma no es un tratado, y tampoco es una decisión, resolución o directiva, las tres clases de normas decisorias con las que cuenta el Mercosur. De todas maneras tiene una fuerza simbólica importante pues en los considerandos se recuerda que los Estados miembros han firmado los principales tratados OIT y de Derechos Humanos que conforman el Ius Cogens. Esta declaración se refiere en su artículo N°5 al compromiso por parte de los Estados miembros del Mercosur de eliminación del trabajo forzoso.¹⁷

Posteriormente, en 2015, los presidentes volvieron a emitir otra Declaración Socio laboral del Mercosur, reeditando y reafirmando la citada de 1998. En esta de 2015 se consagra como principio fundamental, en su artículo N°2, al Trabajo Decente, con su significado que se corresponde con la declaración OIT de 1998 año relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo. En su artículo N° 8 vuelve a consagrar el compromiso respecto de la eliminación de trabajo forzoso en los mismos términos del artículo 5° de la Declaración Socio Laboral de 1998.¹⁸

e.Iniciativas ONU y OCDE sobre Empresas y Derechos Humanos

1. Pacto Global:

Fue lanzado por el Secretario General de la ONU Kofi Annan en 1999, y a partir de ese año se han constituido más de 80 Redes Nacionales del Pacto Global en todo el mundo que nuclean empresas que voluntariamente se comprometen a cumplir con los principios del mismo. El Pacto Global consta de diez principios de respeto a los derechos humanos, divididos en cuatro áreas:

¹⁷ Declaración Socio Laboral del Mercosur, Río de Janeiro, 10/12/1998.

¹⁸ Declaración Socio Laboral del Mercosur, Brasilia, 17/07/2015.

Derechos Humanos propiamente dichos, Derechos Humanos Laborales, Derechos del Medioambiente y lucha contra la Corrupción. La parte específica de Derechos Humanos Laborales se derivan del concepto “Trabajo Decente” reafirmado por La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre Principios Fundamentales y Derechos en el Trabajo de 1998. Específicamente, el Pacto Global en su principio N° 4 consagra la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. Al respecto la guía para empresas acerca de la aplicación de los principios laborales del Pacto Global elaborada por la OIT y The Global Compact dice que “trabajo forzoso u obligatorio es todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ha ofrecido voluntariamente. El pago de un salario u otra forma de compensación no indica necesariamente que el trabajo no sea forzoso u obligatorio. Por derecho, el trabajo debe otorgarse libremente, y el empleado debe tener la libertad de dejar su trabajo, con sujeción a una notificación previa entregada con la debida antelación” (OIT & The Global Compact, 2010, p. 20).

2. Informe Ruggie:

En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hizo suyos los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que le presentó el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, Profesor John Ruggie. Con ese acto, los Principios Rectores quedaron consagrados como la norma de conducta a nivel mundial que se espera de todas las empresas y de todos los Estados en relación con las empresas y los derechos humanos. Aunque no tienen por sí mismos un carácter jurídicamente vinculante, en los 31 Principios Rectores se analizan las repercusiones que las normas y prácticas actuales tienen para los Estados y las empresas y se incluyen algunos aspectos que se contemplan de diversas formas en la legislación nacional e internacional. Los Principios Rectores son la culminación de seis años de trabajo del que fue Representante Especial del Secretario General que incluye la investigación en profundidad, amplias consultas con las empresas, los gobiernos, la sociedad civil, personas y

comunidades afectadas, juristas, inversores y demás interesados, así como la puesta a prueba de las propuestas en la práctica. Los Principios Rectores se elaboraron para poner en práctica el Marco para “proteger, respetar y remediar” que el Representante Especial presentó a las Naciones Unidas en 2008. Ese Marco se apoya en los tres pilares siguientes:

-El deber del Estado de proteger los derechos humanos;

-La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos;

-La necesidad de mejorar el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con las empresas. (O.H.C.H.R., 2012, p. 2)

El 16 de junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó, mediante su resolución 17/4,1 una serie de recomendaciones conocidas como los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Proteger, respetar y remediar” y estableció un grupo de trabajo que deberá, entre otras cosas, promover su difusión y aplicación entre 2011 y 2014. Estos Principios Rectores se proponen implementar el marco sobre derechos humanos y empresas “Proteger, respetar y remediar”, que fue elaborado en 2008 a partir de un proceso iniciado en 2005 y que constituye a la fecha la experiencia de investigación, sistematización, participación y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada en el ámbito mundial. Durante un largo tiempo, las estrategias de protección de los derechos humanos posaron su mirada casi exclusivamente en el rol del Estado. A medida que el papel y el impacto global de las empresas fueron en aumento, también su exposición en esta materia creció significativamente. Desde mediados del siglo XX, la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos viene alcanzando un vertiginoso desarrollo que terminó por instalarla, en especial a fines de la década de 1990, en la agenda de discusión de las Naciones Unidas y otros foros globales. (Rulli Mariana, 2012, p.9)

El conjunto de beneficios directos e indirectos que la implementación de las recomendaciones aquí descritas trae aparejado confirma la orientación básica que la guía pretende recalcar: la obtención de ventajas a corto plazo como resultado de un inadecuado posicionamiento frente a los derechos humanos no hace más que socavar los intereses de la empresa a mediano y largo plazo. Más allá de los imperativos éticos y jurídicos en juego, la falta de una política de

derechos humanos no constituye en el siglo XXI una sabia decisión empresarial. No se trata ya de filantropía o publicidad, sino de anticiparse a los escenarios que vienen. (Rulli Mariana, 2012, p.10)

Estos principios rectores provenientes del Informe Ruggie son entonces en definitiva sobre quienes se basan tanto las empresas adherentes al Pacto Global como así también otras que integran la red del WBSCD (World Business Council for Sustainable Development), otra asociación en red global privada que brega por el compromiso de las empresas con los Derechos Humanos.

3. Agenda 2030 ONU para el logro de Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS):

En septiembre de 2015, en Nueva York, se consagraron 17 objetivos de Derechos Humanos emanados de la declaración de la Asamblea General de la ONU del 25 de septiembre de 2015, que sustituyen a los objetivos de desarrollo del milenio (ODM), y tratan de ir más allá para poner fin a la pobreza en todas sus formas. Los nuevos objetivos presentan la singularidad de instar a todos los países, ya sean ricos, pobres o de ingresos medianos, a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta.

El preámbulo de la declaración dice que “el plan será implementado por todos los países y partes interesadas mediante una alianza de colaboración. Estamos resueltos a liberar a la humanidad de la tiranía de la pobreza y las privaciones y a sanar y proteger nuestro planeta. Estamos decididos a tomar las medidas audaces y transformativas que se necesitan urgentemente para reconducir al mundo por el camino de la sostenibilidad y la resiliencia. Al emprender juntos este viaje, prometemos que nadie se quedará atrás”.¹⁹

Con esto queda claro que es una declaración de intenciones, que se podrá ir plasmando si los gobiernos son verdaderamente consecuentes y bajan objetivos

¹⁹ Resolución Asamblea General ONU A/RES/70/1 del 25/09/2015. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

cuantificables y medibles a las diferentes áreas de gobierno, y luego se controlan esas metas.

Dentro de los ODS, el objetivo N°8 tiene como meta promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Cabe acotar, como ya se ha visto, que el concepto de trabajo decente incluye el compromiso a combatir las formas de trabajo forzoso.

4. Directrices Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover. (OCDE, 2013, p.3)

Estas líneas directrices de la OCDE para multinacionales contemplan, dentro de su capítulo respecto a la actuación en materia de derechos humanos, que las empresas se manejen respetando varios de los tratados y pactos ya citados hasta acá, y puntualmente respetando la declaración OIT relativa a principios y derechos fundamentales de 1998, que recordemos diera origen al concepto de “Trabajo Decente”, el cual incluye el compromiso a la eliminación del trabajo forzoso.

III. Horas Extras Forzosas (HEF): su definición como Trabajo Forzoso según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Resoluciones (CEACR) de la OIT

Como se señalara anteriormente, en el año 2007, en el marco de la 96^o Convención Internacional del Trabajo de la OIT para erradicar el Trabajo Forzoso, referente al estudio sobre estos dos convenios N° 29 y N°105 que se refieren específicamente a esta temática, se produce el Informe III parte 1B de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Resoluciones (CEACR).²⁰ Dicho Informe, en su capítulo II, Parte I, apartado1, en una primera instancia, repasa la definición del Trabajo Forzoso (u obligatorio): “A los efectos del Convenio sobre trabajo forzoso, 1930 (núm.29), la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Y aclara en el punto b) de dicho apartado que, con respecto a la amenaza de una pena cualquiera tal pena podría revestir no solo la forma de una sanción penal sino que puede tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja.

En una segunda instancia, este Informe en su Capítulo 2, parte II, apartado 8, hace un análisis acerca de en qué circunstancias se establece un vínculo entre la obligación de realizar horas extraordinarias y la protección contra el trabajo forzoso otorgada por el Convenio N° 29. Sostiene así que la exigencia en principio debería situarse por fuera del límite establecido por la legislación nacional o por los convenios colectivos. A partir de dichos límites, la posibilidad de liberarse por sí solo de la imposición de trabajar más allá de la jornada ordinaria de trabajo dependerá de la vulnerabilidad de la situación del trabajador en los casos en que este no tenga una real opción de negarse, obligado por la necesidad de alcanzar al menos el salario mínimo y de

²⁰ Informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y resoluciones. Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), en la Conferencia Internacional del Trabajo N° 96 del 2007.

conservar su empleo, o por ambas razones. Concluye este parte del Informe de la CEACR en que esta Comisión ha considerado que en los casos en que el trabajo o servicio se imponga mediante la explotación de la vulnerabilidad del trabajador, bajo la amenaza de una pena, el despido o una remuneración inferior al salario mínimo, tal explotación transforma una situación caracterizada por malas condiciones de trabajo en una situación en la cual el trabajo se impone bajo amenaza de una pena, y amerita entonces la protección del Convenio N° 29.

De lo antedicho, y a los fines de este trabajo, se puede deducir una definición de Horas Extras Forzosas (HEF): “Situación laboral que se caracteriza por la exigencia por parte del empleador hacia el empleado de trabajar por encima de los límites de la jornada de trabajo establecidos por la legislación de un país (ley o convenio colectivo homologado), verificándose la explotación por parte del empleador de un estado de vulnerabilidad del trabajador ante la amenaza de una pena en forma de privación de derechos o ventajas como pueden ser la conservación del empleo o la obtención de un salario mínimo que le permita vivir dignamente de acuerdo a su situación familiar, o ambas”.

Es muy importante señalar entonces que al plantear la situación de HEF como una variante de Trabajo Forzoso, esto implica que, a la luz de lo ya estudiado en el Capítulo II, la situación se traduciría en una violación concreta de Derechos Humanos, al verificarse específicamente el incumplimiento por un lado del art. 8°.3.a) del PIDESC (Pacto de jerarquía constitucional según artículo 75° inc. 22, ratificado por Ley Nacional N° 23.313), y por otro del art. 6°.2 del Pacto de San José de Costa Rica (Pacto de jerarquía constitucional según artículo 75° inc. 22, ratificado por Ley Nacional N° 23.054).

IV. Derechos Fundamentales Laborales (DFL): análisis de su aplicación directa y operativa en Argentina

a. Los DFL: Derechos Humanos en el trabajo en relación de dependencia

Los Derechos Fundamentales (DF) son los derechos humanos positivizados, es decir proclamados por las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto internacionales a través de declaraciones, pactos y tratados, como nacionales a través de sus constituciones políticas.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuando dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2009, p.19)

Para Carlos Nino (2007) son tres los principios de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales: a) Inviolabilidad de la persona: prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficie a otros individuos; b) Autonomía de la persona: asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida ideales de excelencia, y en virtud de un principio complementario, al placer y la ausencia de dolor; y c) Dignidad de la persona: prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

Dentro de los DF se pueden distinguir los que son de índole Laboral, es decir los Derechos Fundamentales Laborales (DFL), esto es derechos laborales consagrados como Derechos Humanos. De acuerdo a Arese (2014) cuando se habla de Derechos Humanos Laborales se alude a derechos atinentes a la simple condición humana o de persona que se expresan en al ámbito del trabajo en relación de dependencia.

Estos DFL pueden ser específicos o inespecíficos.

El ilustre académico Ermida Uriarte enumera como mínimo los siguientes derechos humanos laborales contenidos en los Pactos y Declaraciones e instrumentos internacionales de de rechos humanos: 1) Derecho al trabajo o empleo libremente elegido; 2) Prohibición del trabajo forzoso; 3) Prohibición y limitación del trabajo de menores; 4) Igualdad y no discriminación; 5) Limitación de la jornada; 6) Descanso semanal; 7) Vacaciones anuales; 8) Formación profesional; 9) Salario justo, equitativo, vital o mínimo; 10) Protección contra el despido injustificado; 11) Libertad sindical; 12) Negociación colectiva; 13) Huelga; 14) Protección contra el desempleo; 15) Protección de la maternidad; 16) Protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales; 17) Seguridad social; 18) Libre acceso a la función pública

A este elenco de derechos humanos laborales se le suman otro número importante de derechos inespecíficos que el trabajador es titular y que por el hecho de celebrar un contrato de trabajo, o de ingresar a una organización empresarial, no dejan de ser reconocidos otros derechos de que goza todo ser humano, a saber: 1) libre expresión de pensamiento; 2) libertad de culto; 3) derecho a la vida, del que se deriva el derecho a la salud que se trasunta en el derecho a la integridad física y moral; 4) derecho a la dignidad. (Duarte David, 2014, p. 564)

b. Jus Cogens o Derecho imperativo internacional

La definición del Jus Cogens se recepta en el artículo 53° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El mismo nos dice: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo

carácter”. A su vez, el artículo N°64 de dicha Convención dispone: “Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”²¹

Por su parte el artículo N°27 ²² de la citada Convención, según Duarte (2014), impone a los órganos del Estado asignar primacía al tratado del que se trate ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional. Es decir, se confiere primacía al derecho convencional sobre el derecho interno.

c. Efectos de los DF sobre las normas que regulan las relaciones laborales

Según Bidart Campos (1989) preguntarse por los derechos del hombre "frente" o "contra" quién es muy similar a preguntarse "ante" quienes son oponibles, ante quienes pueden hacerse valer o, en otros términos, cuál es el sujeto pasivo que se personaliza en ese "quién" a su cargo. La respuesta sería: el "quién" es doble: el Estado, y los demás hombres.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado al respecto, al dictaminar en su Opinión Consultiva N° 18/03, que en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los Derechos Humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los Derechos Humanos

²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 29/05/1969, en vigencia desde 27/01/1980. Ratificada por Argentina por Ley N° 19.865 del 05/12/1972.

²² Convención de Viena (1999), artículo 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”

protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.²³

En el ejercicio de su función consultiva, la Corte (Interamericana de Derechos Humanos) no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, y a diferencia de las sentencias dictadas en ejercicio de la función contenciosa, no existe controversia alguna respecto a los efectos jurídicos vinculantes de las «opiniones» de la Corte. A juicio de la doctrina, y de la propia Corte Interamericana, la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas respecto a todos los Estados miembros, hayan o no solicitado dicha opinión, está dada por el instrumento internacional que interpretan, es decir, al interpretar un tratado, dicha interpretación tiene el mismo valor y fuerza jurídica que el texto del tratado interpretado. (Mijango y Gonzalez, 2007, p. 598)

Las consecuencias de la Opinión Consultiva 18/03 van más allá de la obligación del Estado de disponer de los medios necesarios para evitar o reparar las lesiones de derechos en las relaciones privadas. La Corte Interamericana declara rotundamente y sin ningún género de dudas, como lo venía haciendo desde la segunda época de la jurisprudencia, que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares. (Mijango y González, 2007, pp 604 y 605)

El ordenamiento jurídico argentino ha receptado la teoría de la *Drittwirkung* en el artículo 43° de la Constitución Nacional que en su primer párrafo reza que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione,

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03. Página 126 párrafo 140

restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.²⁴

Se sigue luego que, según Arese (2014), la teoría del efecto entre terceros o efecto horizontal de las normas fundamentales está expresadas por esos efectos erga omnes que tienen las normas sobre derechos humanos que fueran adoptadas también por la doctrina laboral.

“Si se conviene que el concepto de derechos humanos laborales integra los sistemas supranacional y nacional, cada una de las instituciones del Derecho del Trabajo (estabilidad, jornada, remuneración, no discriminación, etc.) aparece regida vertical y horizontalmente por ese Derecho integrado” (Arese, 2014, p. 56)

Según Arese (2014) existen principios que emanan de la interpretación de los distintos sistemas de derechos humanos a lo largo del tiempo, tanto universal como regional, y que se puede decir que rigen para el Derecho del Trabajo. Estos son:

- A. Presunción de autojexecución y autoaplicabilidad de las disposiciones de los tratados internacionales, o sea la dispensa de adoptar una legislación específica para que cobren eficacia;
- B. El deber de adoptar medidas internas para la plena operatividad interna de los instrumentos internacionales;
- C. Estándar mínimo de protección
- D. Norma más favorable (pro homine) y la interpretación más favorable a la persona (in dubio pro personae)
- E. Principio “pro actione” o acceso a tutela judicial efectiva
- F. Adecuación a los criterios sentados por los órganos internacionales de control competentes; para el caso de la OIT se reconoce la validez de los

²⁴ Constitución Nacional de la Rca. Argentina, artículo 43°.

dictámenes de Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR) y del Comité de Libertad Sindical (CLS);

G. Principio de progresividad especialmente referido a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, consagrado jurisprudencialmente en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Madorrán, 2007²⁵”;

H. Principio de irreversibilidad o no regresión, principio que encuentra recepción en el Artículo N° 33 de la Constitución Argentina de derechos implícitos o no enumerados.²⁶

Concluye al respecto Arese (2014) que la instalación progresiva del Sistema Universal de Derechos Humanos en general, y el Sistema Americano en particular, ha consagrado entonces una nueva generación de Principios no propios del Derecho del Trabajo, pero que no pueden hoy ser desarticulados de los enunciados tradicionales de derechos laborales.

d. Bloque de constitucionalidad laboral

En Argentina la Constitución vigente es la de 1853/1860, con las reformas de 1957 y 1994. La Constitución original carecía de normas sobre Derecho del Trabajo, a excepción del artículo 14° que consagra el derecho a trabajar. Entre 1949 y 1956 estuvo vigente una reforma que contenía un capítulo con un catálogo detallado de derechos laborales. La reforma de 1957 incorpora los derechos individuales y colectivos, económicos y sociales, a través de la incorporación del artículo N° 14°bis.

²⁵ “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación” 3/5/2007

²⁶ Constitución Nacional de la Rca. Argentina, artículo 33°: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.²⁷

La reforma de 1994 incorpora, con jerarquía constitucional, vía el art. 75° inciso 22, los principales tratados y pactos en materia de derechos humanos, tanto del ámbito de la ONU como de la OEA. Dicho artículo en su segundo párrafo consagra: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la

²⁷ Constitución Nacional de la Rca. Argentina, artículo 14° bis.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.²⁸

Los cinco primeros instrumentos internacionales enumerados en este artículo 75° inciso 22 contienen derechos laborales, y todos ellos hacen referencia al Trabajo Forzoso, como se ha visto en la parte II de este trabajo.

Respecto a los Convenios OIT se puede decir que los ocho principales convenios han sido todos ratificados por Argentina, y por lo tanto tienen rango superior a las leyes, según el mismo artículo 75° inc. 22 citado. Inclusive uno de ellos, el N° 87, tiene rango constitucional por formar parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo N° 22 punto 3.

Convenio	Fecha
C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)	14/03/1950
C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm.87)	18/01/1960
C098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm.98)	24/09/1956
C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)	24/09/1956
C105 - Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)	18/01/1960
C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm.111)	18/06/1968
C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)	11/11/1996
C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm,182)	05/02/2001

Cuadro elaboración propia

²⁸ Constitución Nacional de la Rca. Argentina, artículo 75° inc. 22

La suma de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución y de los establecidos en los tratados de derechos humanos debe interpretarse como totalidad: allí donde el estándar del derecho interno suponga un grado de protección mayor, ello eleva el rigor de las obligaciones del Estado; inversamente, cuando el estándar internacional sea más exigente, ésta será la medida de la obligación estatal. La determinación de las obligaciones del Estado surgirá entonces de una comparación de los estándares interno e internacional ante cada derecho. (Abramovich y Courtis, 2004, p.350)

Según Barbagelata (2004) la integración de todos los principios y normas sobre Derechos Humanos en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional, conforma lo que se denomina bloque de constitucionalidad. Es decir, este bloque no sólo se integra por normas o reglas, sino también por principios, o sea enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina.

Continua luego diciendo Barbagelata (2004) que los Derechos Humanos Laborales, en cuanto integran los bloques de constitucionalidad de cada Estado, tienen vocación de plenamente ejecutables y pueden producir efectos y ser invocados en los conflictos entre particulares.

Termina concluyendo Barbagelata (2004) que las normas laborales que integran los bloques de constitucionalidad tienen primacía sobre las anteriores o posteriores, de cualquier clase, que ofrezcan menor protección al trabajador, y que los Derechos Fundamentales Laborales, por ser inherentes a la personalidad humana, son indisponibles para los operadores jurídicos.

Por su parte, según Arese (2014) ha quedado en evidencia entonces que la Constitución Nacional luego de 1994 ha generado prácticamente una revolución jurídica a partir de un cambio fundamental en el sistema de fuentes normativas del país. Particularmente en lo laboral esta revolución ha modificado

radicalmente el modo de pensar, aplicar e interpretar el Derecho interno, tanto sea al haberse operado la incorporación directa del Derecho internacional al ámbito interno, como así también, en caso de ausencia o retardo en las políticas internas progresivas destinadas a asegurar la vigencia plena de los derechos económicos, sociales y culturales previstos en los tratados internacionales, ha crecido la exigencia judicial directa de vigencias de esos derechos.

e. Monismo: la aplicación directa del Derecho Internacional de Derechos Humanos en Argentina

En general, la aplicabilidad de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) al derecho interno depende de la doctrina que adopte cada país: dualismo o monismo. La primera indica que el internacional y el nacional son dos órdenes jurídicos separados, por lo que los convenios internacionales ratificados no se incorporan automáticamente al derecho interno. El monismo indica que no existe ninguna separación entre los órdenes jurídicos externo e interno, de tal manera que un convenio internacional ratificado se aplica automáticamente al derecho interno.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo el dualismo hasta el fallo “Ekmedjian c/ Sofovich”²⁹ de 1992 a partir del cual adopta el monismo al aplicar directamente la CADH a una cuestión de derecho interno. A partir de aquí la CSJN siguió adhiriendo al sistema monista. Según Duarte (2014) este fallo produjo el cambio que hacía falta para que los Derechos Humanos pudieran ser realizados en forma concreta para quien exigiera su realización efectiva ya que el fallo significó que la validez y vigencia de tales normas internacionales no requieren de una ley interna que los recepte.

En reciente jurisprudencia la CSJN, en lo que se puede interpretar como un límite máximo al monismo sin salirse de dicha doctrina, dio respuesta negativa

²⁹ Fallos 215:1492 “Ekmedjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otro” del 7/7/92.

a la orden de la Corte IDH contenida en su resolución del caso “Fontevicchia y D’amico vs. Argentina” que requería en su punto a- dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D’amico con sentencia firme de la propia CSJN del 25/9/2001 en la causa “Menem, C.S. c/Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios – Fallos : 324:2895- . Según el fallo mayoritario en sus puntos 6° y 7° si bien se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para el mismo (según art. 68.1 de la CADH) dicha obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dentro de sus potestades remediales, resultando para la CSJN de imposibilidad jurídica el cumplimiento de la resolución de dejar sin condena civil, es decir de revocación de sentencia, a la luz del ordenamiento constitucional nacional. Termina afirmando dicho voto mayoritario en su punto 20° que “lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del art.68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art.63 CADH; arts 27, 75 inc.22, y 108 Constitución Nacional)”.

30

f. Control de convencionalidad

La CSJN reconoce la jurisdicción superior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resulta en virtud del artículo N°68 de la CADH³¹ y el artículo N°1 del Estatuto de la Corte IDH³² , lo que implica que los jueces

³⁰ CSJN 368/1998 (34-M)/CSJ “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperada 15/2/17 de: <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

³¹ Convención Americana de Derechos Humanos, art. N° 68.1. “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

³² Estatuto Corte IDH, art. N°1: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

nacionales deban realizar un control de convencionalidad en cada caso que intervengan.

En el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile" (26 de setiembre de 2006) ", ya será la propia Corte IDH en pleno la que aludirá al control de convencionalidad, pero no al que desde siempre practica ella, sino el que también deben ejercer —sí o sí— los jueces nacionales y que es definido en estos términos: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". (Abel Federico, 2011, parte II).

Prosigue diciendo Abel (2011) que en la causa "Mazzeo" (13 de julio de 2007) la CSJN hizo suyas estrictamente las consideraciones que la Corte IDH había hecho en "Almonacid Arellano" respecto de la obligatoriedad que pesa sobre los jueces nacionales de practicar el control de convencionalidad atendiendo no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Afirma de manera concluyente Abel (2011) que para que el control de convencionalidad en sede nacional sea una práctica cotidiana de todos los magistrados —y no sólo un ejercicio efectuado por la CSJN en casos de trascendencia institucional—, urge que se dé en la cultura jurídica un cambio de

paradigma para que, mental y espiritualmente, los jueces asuman que en la Argentina, además de constitucionales, son jueces convencionales.

g. Recepción de los DFL por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

Desde 2004 la CSJN desplegó una intensa y amplia revisión de valores y principios laborales operando a cielo abierto en el corazón del sistema de relaciones laborales, profundizó la revisión de la doctrina laboral nacional en un aspecto esencial, definió principios jurídicos de interpretación y aplicación del ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. (Arese, 2004, p. 61) Ha existido una evolución histórica cultural que sirvió de plafón para el dictado de fallos líderes del año 2004 de la CSJN como “Vizzoti”, “Aquino”, “Carrizo”, “Milone” y de años posteriores, que mostraron un cambio de paradigma con la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de las normas internacionales de Derechos Humanos y su relación con las leyes internas, específicamente referida al Derecho del Trabajo. (Duarte, 2014, p. 609)

A partir del año 2004 se produjo un cambio profundo en las relaciones laborales en la Argentina, cambiando su orientación, volviendo a poner en escena la protección del trabajador, la negociación colectiva, el trabajo decente y los medios para combatir el trabajo no registrado, gran flagelo de los tiempos actuales, que va de la mano con el concepto de trabajo decente, impulsado fuertemente por la OIT, ya que no hay trabajo decente sin trabajo registrado ni jornadas legales y protegidas, equilibrando así al trabajador en relación con el empleador y su natural disparidad, pero aún y lamentablemente no existe una protección relacionada con el «trabajo forzoso» y su sanción. Quizás sean los jueces a través de sus sentencias ejemplificadoras los que deban dar el primer paso y tomar la iniciativa de sancionar a aquellos que con su accionar vulneran derechos fundamentales que no se encuentran amparados taxativamente en nuestra legislación pero si se encuentran implícitamente protegidos y amparados a través del artículo 75 inciso 22 y 31 de la Constitución Nacional (Meyniel y Romualdi, 2014, p. 16)

Según Arese (2014) en los últimos años se verifica una ampliación en la utilización de normas internacionales, tanto en el orden operativo directo como en el uso interpretativo, y lo que particularmente resulta notable respecto de la jurisprudencia de la CSJN es la creciente referencia a los pronunciamientos de los órganos de control internacionales.

Las características esenciales de la aplicación del Derecho Internacional del Trabajo por la CSJN pueden ser enunciadas de la siguiente forma: 1. Criterio monista y operativo de las normas internacionales, desde “Ekmedjian vs. Sofovich”; (...) 2. Control de convencionalidad/constitucionalidad estricto en todas sus sentencias laborales; (...) 3. Integración y complementariedad de los sistemas de fuentes del Derecho Internacional del Trabajo utilizados. Es recurrente en los fallos de la CSJN la utilización integrada y complementaria de las reglas de Naciones Unidas, OIT, sistema americano y Mercosur; (...) 4. Aplicación directa y operativa de normas internacionales, con el consiguiente desplazamiento e invalidación de normas internas frente a normas de Derecho Internacional; (...) 5. Fluida utilización de los órganos de control de la OIT y la ONU, especialmente la CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) de la OIT. (Arese, 2014, pp. 621 y 622)

Para finalizar este capítulo, y relacionando lo ya analizado en II y III, se puede concluir que una situación de HEF viola Derechos Humanos, y que tal situación, como cualquier otra norma contenida en los pactos y tratados sobre Derechos Humanos de rango constitucional, se traduce en derechos que en principio pueden ser ejercidos e invocados directamente en el ámbito jurídico argentino, sin complemento obligatorio de disposición positiva local alguna.

V. Tratamiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial argentino respecto de situaciones descriptas como HEF

a. Los límites de la jornada de trabajo y de las horas extras

Señala Mirolo (2003) que la jornada de trabajo está regulada en el derecho positivo, con alcance general amplio, como ya se vio en el presente trabajo, primero por la Constitución Nacional (art. 14 bis), por los tratados internacionales OIT N° 1 de 1919 y N° 29 y N° 30, ambos de 1930, ratificados en Argentina por las leyes nacionales. También con alcance amplio, por la ley N° 11.544 (1929) y su Decreto Reglamentario N° 16.115 (1933) y por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) N° 20.744 (1974) y sus modificaciones. Con alcance particular restringido, por estatutos particulares, convenios colectivos y disposiciones administrativas especiales.

La limitación de la jornada de trabajo ha sido el motivo de las primerísimas luchas sindicales de fines de siglo 19 y principios del 20. En el mismo año de creación de la OIT, es decir en 1919, se firmó el Convenio N°1 en el que se limitan las horas de trabajo en empresas industriales a 8 horas diarias y 48hs semanales. En 1930 se concreta el Convenio N° 30 por el cual se limitan las horas de trabajo en establecimiento comerciales y de servicios, también a 8 horas diarias y 48hs semanales.

Según Meyniel y Romualdi (2014) la finalidad de su limitación radica en diversas razones. Estas pueden ser: higiénicas, éticas, culturales, políticas o económicas, pero principalmente la limitación tiene su razón de ser en el descanso para la sana conservación del cuerpo del trabajador y la recuperación psicofísica del mismo. Su fundamento es que el trabajo en exceso es disvalioso para quien lo realiza.

El concepto de jornada laboral está dado por el artículo N° 197 de la LCT al decir: “Se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integrarán la jornada de trabajo los períodos de

inactividad a que obliguen la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador”.

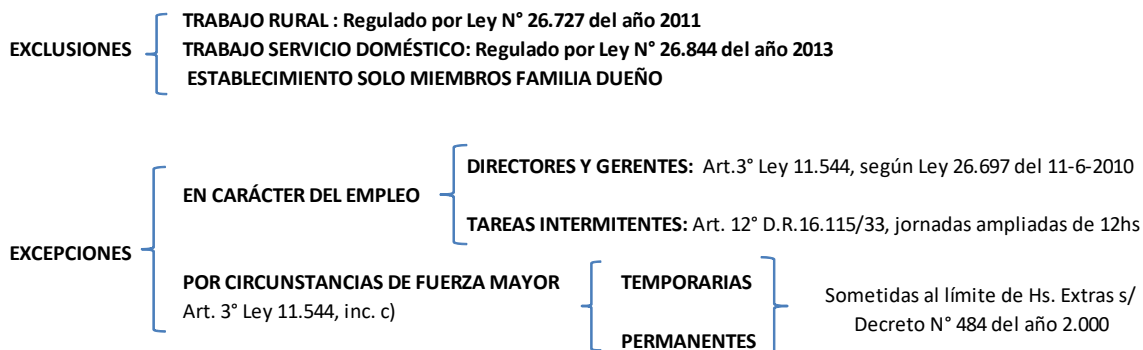
El artículo N° 196 de la LCT remite a la Ley Nacional N° 11.544 de 1929 y sus modificaciones en cuanto a la extensión de la jornada. En tal sentido vale acotar que esta ley en su artículo 1° determina que la duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena, utilizando una disyunción, a diferencia del Convenio N°1 que utiliza la conjunción “y”. Esto en la práctica hizo que se haya interpretado, a partir de su Decreto Reglamentario N° 16.115 de 1933, que, si hubiera que recuperar tiempos no trabajados en 8 horas diarias, el límite de la jornada diaria se convierta 9 horas, hasta sumar un máximo de 48 horas.

La extensión de la jornada es uniforme en toda la Nación y se encuentra regulada por la Ley 11.544 de fecha 12 de septiembre de 1929 y su decreto reglamentario 16.115 del 16 de enero de 1933 para todas aquellas personas en relación de dependencia, y, con exclusión de toda disposición provincial. La distribución de las horas de trabajo será facultad del empleador y su poder de dirección, diagramando los horarios sea por sistemas de turno o por trabajo rotativo o por medio de equipos, debiendo hacer conocer esta circunstancia mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento, no siendo necesaria la autorización previa de la autoridad de aplicación. La ley 11.544 regula la jornada máxima de labor, por lo que las partes pueden pactar jornadas de trabajo inferiores, tales pactos desplazan a la ley si benefician al trabajador. (Meyniel y Romualdi, 2004, p. 2)

La ley N° 11.544 hace alusión a situaciones de exclusión y excepción respecto del régimen general de jornada de trabajo que establece la misma. Conceptualmente los supuestos de exclusión se refieren a tipos de tareas que no están regulados en el régimen general, mientras que los supuestos de excepción se consideran tareas que están dentro del régimen general pero exento del límite legal. El siguiente cuadro describe dichas tareas:

LEY 11.544/29 y DECR.REG. 16.115/33

RÉGIMEN GENERAL JORNADA DE TRABAJO



Cuadro elaboración propia

La Ley 11.544/29 y su D.R.16.115/33, la LCT y las leyes N° 26.277 y N° 26.844 permiten clasificar las tareas y sus límites y descansos según el siguiente cuadro:

LEY 11.544/29 y DECR.REG. 16.115/33

LIMITES MÁXIMOS JORNADA DE TRABAJO

TIPO DE JORNADA	LIMITES		DESCANSOS	
	DIARIO	SEMANAL	DIARIO (LCT 197°)	SEMANAL (LCT 204°)
TRABAJO NORMAL	8	48	12	35
TRABAJO NOCTURNO (de 21hs a 6hs)	7	42	12	35
TRABAJO POR EQUIPOS	8	prom: 48	12	35
TRABAJOS INSALUBRES	6	36	12	35
A TIEMPO PARCIAL: proporcional a tiempo completo (*)	8	48	12	35
DIRECTORES Y GERENTES	excluidas: sin límite		12	35
TRABAJO RURAL	8	44	12	35
TRABAJO SERVICIO DOMÉSTICO	8	48	12	35
TAREAS INTERMITENTES: porteros, serenos, etc	12		12	35

(*)s/LCT art. 92°ter.inciso 2 no podrán realizar horas extras

Cuadro elaboración propia

Según Meyniel y Romualdi (2014) habrá horas extraordinarias siempre que exista un trabajo suplementario en exceso de la jornada legal, sea ésta pactadas de forma individual o de forma colectiva o la determinada por la ley. Este trabajo por encima de la jornada convenida se denomina frecuentemente, suplementario o extraordinario u horas suplementarias o extras.

La LCT define el valor las horas suplementarias en su artículo N°201 diciendo: “El empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias, medie o no autorización del organismo administrativo competente, un recargo del cincuenta por ciento (50%) calculado sobre el salario habitual, si se tratare del días comunes, y del ciento por ciento (100%) en días sábado después de las trece (13) horas, domingo y feriados”.

Respecto de la obligación de prestar horas extras, el artículo N°203 de la LCT expresa: “El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma”.

El decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 484 del año 2000 establece, en su artículo 1° que el número máximo de horas suplementarias que un trabajador puede cumplir queda establecido en treinta (30) horas mensuales y doscientas (200) horas anuales, sin necesidad de autorización administrativa previa y sin perjuicio de la aplicación de las previsiones legales relativas a jornada y descanso. La Resolución M.T.E. Y F.R.H. 303/2000 se dispone que el tope de horas anuales será considerado por año calendario y que la competencia para el trámite de autorización de las excepciones permanentes y temporarias previstas en el artículo 4° de la Ley 11544, en relación al Decreto 484/2000 ha sido atribuida a la Secretaría de Trabajo.

“El empleador debe requerir el consentimiento del trabajador para asignarle horas extraordinarias, el dependiente no está obligado a prestarlas, este es el principio que sienta el art. 203 L.C.T.” (Mirolo, 2003, p. 274).

De acuerdo a lo antedicho se presenta el siguiente cuadro en el cual se puede dimensionar el rango de horas suplementarias en el que el trabajador, según el artículo N° 203 de la LCT, no tiene obligación legal de cumplir con la misma, excepto casos de peligro o fuerza mayor y accidente ocurrido o inminente, que la empresa deberá acreditar satisfactoriamente su justificación, o bien en caso de exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, que la empresa deberá comunicar a la autoridad de aplicación. En otras palabras, el rango de horas suplementarias en el cual al trabajador le asiste el derecho de negarse a trabajarlas serían las que estén por encima del límite de la jornada legal máxima, y que no respondan a causa de fuerza mayor, o que respondiendo a circunstancias excepcionales la empresa no haya obtenido la autorización de la autoridad de aplicación.

		HORAS EXTRAS SIN RECARGO		HORAS SUPLEMENTARIAS CON RECARGO		HORAS SUPLEMENTARIAS CON RECARGO	EXCESO HORAS SOBRE D.484/2000
							CON AUTORIZACIÓN SECR. DE TRABAJO :HORAS LEGALES
JORNADA PACTADA			JORNADA LEGAL MÁXIMA		HORAS EXTRAS MÁXIMAS		
INDIVIDUALMENTE			SEGÚN ACTIVIDAD		SEGÚN DECR. 484/2000		
	POR CONVENIO COLECTIVO: jurisprudencia no unánime respecto a sin o con recargo			NO OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR DE HACER HORAS EXTRAS			SIN AUTORIZACIÓN SECR. DE TRABAJO: HORAS ILEGALES

Cuadro elaboración propia

Según el artículo N° 197 tercer párrafo de la LCT la distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlos conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores.

Si el empleador, al ejercer esta facultad de dirección, se excede y hace caer la cantidad de horas de trabajo exigidas como suplementarias dentro del rango de no obligación del trabajador de cumplir con las mismas, según muestra el cuadro, y se aprovechara el empleador al hacer tal cosa de una situación de vulnerabilidad de su empleado por la cual éste se viera obligado a aceptarlas, se estaría configurando la situación de Horas Extras Forzosas, objeto del presente trabajo.

b. El Jus Variandi y el contrato de trabajo

Dice el artículo N° 21 de la LCT: “Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”.

El capítulo VII de la LCT ³³ referente a Derechos y Deberes de las partes del contrato de trabajo es muy importante a los fines de este trabajo, por cuanto consagra las obligaciones genéricas de las partes (Art. 62°), consagra el principio de buena fe que debe reinar en la relación (Art. 63°), enumera las facultades para organizar y dirigir las actividad laboral que tiene el empleador,

³³ Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, de 1974, y modif. Cap VII

entre ellas las de organización (Art. 64°), dirección (Art. 65°) y de modificar las formas y modalidades del trabajo o Jus Variandi (Art. 66°). Continúa luego el capítulo con demás deberes y derechos tanto de empleador como empleado.

El contrato de trabajo tiene núcleo central constituido por sus elementos esenciales que están representados en las prestaciones fundamentales comprometidas: prestación de servicio y pago de la retribución. A su turno, la primera tiene un continente temporal (jornada) y otro sustancial (tipo de prestación requerida o categoría profesional); y el segundo, un componente cuantitativo (monto de la retribución). (...) Circunstancias de organización, dada la contingente movilidad de las relaciones de empresa, autorizan en determinadas circunstancias al empleador a variar algunas condiciones del contrato de trabajo, relativo a las formas y modalidades de prestación. Pero esa autorización reconoce tres límites u órdenes de cautela importantes: a) la exclusión de todo tipo de conducta irracional; b) la imposibilidad de alterar las modalidades esenciales del contrato; y c) la prohibición de causar un perjuicio material o moral al trabajador (Mirolo, 2003, p.162).

La distribución de las horas de labor, comprendida dentro de la facultad de dirección, es atribución del empleador, así como la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo de trabajo por equipos, para lo cual no se requiere previa autorización administrativa, y solo basta con hacerlos conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores, (art. 197 de la Ley de Contrato de Trabajo). Esta facultad del empleador redistribuir las horas de trabajo, debe ser ejercido dentro de los límites del ius variandi, es decir que debe cuidarse el no alterar las modalidades esenciales del contrato, causando perjuicio moral o material al trabajador, conforme lo establecido en el artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo (Fernández Delpech, 2002, p. 3)

Ese artículo N° 66 de la LCT en su versión actual es producto de la modificación que introducida por la Ley N° 26.088 de 2006, que restableció de esta manera la solución prevista originalmente en la LCT para el caso de ejercicio abusivo del Jus Variandi, solución que había sido quitada por la reforma de la Ley N° 21.297 (1976) del gobierno de facto militar. Dicha solución dice que “al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva”.³⁴

Bien utilizado, Acosta, Vigo y De Petre (2010) citan que el Jus Variandi cumple dos funciones: desde el punto de vista del empleador, en cuanto a facultad unilateral de éste, le permite organizar y dirigir el trabajo que ha contratado, permitiéndole ejercer su poder de dirección, mientras que desde el punto de vista del trabajador, este instituto funciona como una "válvula de escape" que al permitir ciertas adaptaciones del contrato a la realidad, alivia las inevitables tensiones que se van planteando a través del tiempo entre las partes permitiendo así la durabilidad del vínculo.

Lo que corresponde entonces analizar entonces es que pasa si el empleador utiliza mal la facultad del Jus Variandi, es decir si cae en un ejercicio abusivo del mismo.

c. Ejercicio abusivo del Jus Variandi: sus límites

El mismo artículo N°66 de la LCT ya citado establece en su primer párrafo que “el empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a

³⁴ Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, de 1974, y modif. Cap VII, Artículo N° 66.

la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”.

De acuerdo a lo dicho, se permiten visualizar tres límites, que deben respetarse juntos a la vez, para determinar si el ejercicio del jus variandi por parte del empleador se convierte en abusivo:

1. Razonabilidad en el ejercicio.

Según Acosta, Vigo y De Petre (2010) el empleador debe acreditar el mínimo de razonabilidad en el cambio impuesto, explicando el carácter funcional del mismo y que responde al interés colectivo de la empresa, y sólo ante tal prueba correspondería al trabajador demostrar el perjuicio. Si faltase la demostración de razonabilidad no sería necesaria acreditar la existencia el perjuicio.

En consecuencia, la necesidad de invocar en forma circunstanciada cuáles serían las exigencias insoslayables de la empresa para imponer un cambio aparece como un requisito liminar; no presentándose el mismo, el Jus Variandi resultará abusivo, aun cuando no se trate de un cambio esencial o no se demuestre el perjuicio que causa el mismo.(Ardoy Juan José, 2010, p. 11)

2. Inalterabilidad de modalidades esenciales del contrato de trabajo.

El empleador puede entonces introducir modificaciones accidentales en la relación de trabajo, más no puede introducir o imponer alteraciones al contrato de trabajo.

El Jus Variandi no puede concebirse sino como limitado, puesto que la relación de trabajo se constituye y regula sobre la base de un negocio jurídico bilateral. La posibilidad de modificación unilateral por el empleador de las condiciones de trabajo no pueden ser sino secundaria – no sustancial ni esencial – sin perjuicio de otras limitaciones derivadas de la necesaria fundamentación de la medida. (Acosta, Vigo y De Petre, 2010, p. 7)

En principio entonces los cambios que unilateralmente podría proponer el empleador deberían versar sobre aspectos accesorios como lugar del establecimiento donde se prestan tareas, distribución no sustancial del tiempo

de trabajo, tareas o funciones dentro de la misma categoría de trabajo, y la introducción de normas técnicas de trabajo.

3. Intangibilidad de los intereses del trabajador.

En el ejercicio del Jus Variandi es necesario que no se cause perjuicio material ni moral al empleado, ni a su salud física o mental.

El daño material consiste en un perjuicio económico, estrictamente patrimonial: reducción directa e indirecta de la remuneración (por ejemplo, las mayores erogaciones por el incremento de los gastos de transporte a causa del traslado del establecimiento). El daño moral apunta a la alteración del sistema de vida del trabajador (disminución de su tiempo libre) o a la desjerarquización dentro del organigrama de trabajo (asignación de un puesto de labor ficticio). (Acosta, Vigo y De Petre, 2010, p. 8)

Según Ardoy (2010) el obstáculo en este aspecto de la no afectación material ni moral del trabajador, teniendo en cuenta lo preceptuado por los artículos 65° y 68° de la LCT, se refiere tanto al aspecto estrictamente económico o material cuanto al agravio moral o espiritual.

4. Inaplicabilidad de sanciones disciplinarias que constituyan modificaciones del contrato de trabajo

Otro límite adicional al ejercicio abusivo del Jus Variandi por parte del empleador se encuentra en el artículo N° 69 de la LCT: “No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo”.³⁵

d. Citas de jurisprudencia respecto de abusos del Jus Variandi

Relativo al necesario el consentimiento del trabajador para el uso legítimo del Jus Variandi, en el caso “Moreno C/ Distribuidora de Revestimientos y Afines S.A.”, la sentencia de primera instancia hizo lugar en lo sustancial a la demanda

³⁵ Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, de 1974, y modif. Cap VII, Artículo N° 69.

por despido indirecto impetrada por un trabajador que se desempeñaba como vendedor de salón para el accionado. Contra dicho pronunciamiento, ambas partes dedujeron recurso de apelación. La Cámara modificó parcialmente el decisorio en cuanto al monto de la condena, y señaló que era ajustada a derecho la situación de despido en que se colocó el trabajador frente al cambio de las condiciones de trabajo resuelto por el empleador, pues, la modificación del sistema de trabajo requería necesariamente la conformidad de aquel, ello al margen de la razonabilidad de las alteraciones desde el punto de vista de la empresa y la buena fe del empleador, en tanto el derecho a ser indemnizado resulta de que la perspectiva de aceptar la reconversión del contrato implicaba necesariamente la imposibilidad de continuar.³⁶

En el caso “Quinteiro C/ Télam”, la empleadora modificó las condiciones de la prestación laboral de un trabajador, acotando sus facultades y responsabilidades, luego de desjerarquizarlo en sus funciones. La Justicia Laboral entendió que se produjo un ejercicio abusivo del Jus Variandi por parte de la empleadora y por consiguiente, una falta de configuración de un ejercicio razonable de las facultades de dirección como manda la Ley. El dependiente, opta por la vía sumarísima al accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. La otra vía que le quedaba era optar por considerarse despedido sin causa. La Cámara, finalmente ordena la restitución al trabajador en las mismas funciones y condiciones en que se encontraba anteriormente.³⁷

En “Sierra C/ Casa de Moneda” quedó establecido que el incremento de la jornada diaria implica una alteración esencial del contrato de trabajo, ya que el horario laboral pertenece a las estructuras de la relación y no puede modificarse unilateralmente pues, con prescindencia de la existencia o inexistencia de perjuicio para el trabajador, dicho horario delimita el denominado tiempo libre

³⁶ CNTrab, Sala VIII. “Moreno, Oscar Raúl c. D.R.A. S.A. Distribuidora de Revestimientos y Afines S.A.”, 29/07/2009. La Ley Online AR/JUR/27522/2009

³⁷ CNTrab Sala II. “Quinteiro, Luis Alberto c/ TELAM S.E. s/ Juicio Sumarísimo”, 20/05/2011. elDial.com – AA6D52

y si la empresa necesita modificarlo deberá requerir el concurso de la voluntad de los afectados, pero no imponerlo unilateralmente.³⁸

Para finalizar cabe citar jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo acerca del abuso por parte del empleador de la facultad de Jus Variandi del art. 66 de la LCT. En ese sentido en “Gómez C/ Wajs”³⁹ la sala V consideró que existe un núcleo fundamental en los elementos esenciales del contrato de trabajo -del cual forma parte el horario- que el empleador no puede alterar por sí y requiere necesariamente del consentimiento del dependiente. Asimismo, en “Galarza C/ ISS Argentina SA”⁴⁰ la sala VI condenó a la empresa demandada por mediar un irrazonable ejercicio de las facultades de modificar las condiciones de labor a la dependiente por parte del empleador.

³⁸ CNAT Sala I. “Sierra, Delia C/ Casa de Moneda Soc. del Estado s/Despido”, 22/8/96. Expte: 60067

³⁹ CNAT Sala V. “Gómez, José Delfino c/ Wajs, Aaron s/Despido”, 18/5/12, Id SAIJ: FA1240330

⁴⁰ CNAT Sala VI. “Galarza Elizabeth V.P. c/ ISS Argentina SA s/Despido”, 16/8/12, Sentencia N° 64.213

VI. Problemática socio económica argentina actual y composición de hipótesis de situaciones de HEF

a. El trasfondo socioeconómico y laboral argentino actual y la situación de vulnerabilidad del trabajador

David Duarte (2008) extracta algunos puntos de un trabajo realizado por un grupo de expertos convocados por el Ministerio de Trabajo de la Nación acerca del estado actual (a 2008) del sistema de relaciones laborales en Argentina⁴¹, que en materia de jornada de trabajo arriba a ciertas conclusiones respecto a dificultades extremas que enfrentan en este país los trabajadores cuando no se respetan las normas sobre jornada y descansos, se infringen las pausas entre jornadas y se traspasan los límites máximos de horas extras permitidas.

1. Abandono de la jornada de ocho horas: según los expertos, el abandono no es por una jornada reducida, sino, por el contrario, por un incremento. Contra toda lógica de una conquista tan sustancial como necesaria, hoy no parece preocupar tanto el tiempo diario o semanal de trabajo sino por cuánto dinero se trabaja. La necesidad de incrementar al máximo los ingresos se vincula con la insuficiencia del salario ofrecido para una jornada “normal”. “Así resulta individual y hasta socialmente admisible que una remuneración adecuada deba obtenerse luego de una jornada superior a la legal o en detrimento del descanso semanal”.
2. Tendencia al sobreempleo: señalan como tendencia al sobreempleo que opera en detrimento de la indemnidad psicofísica y la adecuada reproducción de la fuerza de trabajo, en tanto resulta generadora de estrés y agotamiento prematuro. Sensación de riesgo del reemplazo por otros cuadros profesionales más jóvenes.
3. La ajenidad al riesgo patrimonial: la ajenidad al riesgo patrimonial inmediato de los empresarios respecto a los accidentes de trabajo también guarda relación causal con la jornada excesiva, dado que desatiende la evidencia estadística sobre la mayor producción de tales accidentes en las

⁴¹ Trabajo de “Grupo de Expertos en Relaciones Laborales”, luego editado y publicado como: Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina. Valdovinos Oscar (Ed.) (2008) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni

últimas horas de cada jornada y, particularmente, en los excedentes de los límites legales.

4. Infracciones al límite de la jornada y los descansos: son vastos los sectores en los que no se respetan las normas sobre jornada de trabajo y descanso semanal, infringiéndose los límites máximos de horas extras permitidos por ley y las pausas entre jornadas.

5. Las horas extras, de excepcional prestación a la regla del contrato: las horas extras se han incorporado como elemento esencial del contrato. Se usan como medida de fuerza por parte de trabajadores como quite de colaboración. Algunos empleadores se las quitan a algunos trabajadores para presionarlos, perjudicándoles sus ingresos, o como acoso moral o psicológico. Silencio del trabajador ante el temor de represalias.

6. Las irregularidades en la registración de las horas extras: en algunos sectores éstas no siempre se pagan, o se lo hace sin los recargos legales, o sin cotizar a la seguridad social, sin registración. Frente a ellas el desamparo del trabajador es total: negarse a trabajarlas con riesgo de sufrir represalias y su prácticamente imposible posibilidad de probarlas en juicio.

7. La imposibilidad de obtener una condena judicial por horas extras: dificultades para hacer valer en juicio reclamos por horas extras, imposibilidad de ejercer control efectivo y la predisposición de los trabajadores a prestar servicios en tiempos suplementarios, así como la labilidad de las defensas contra los abusos.

8. Reconocimiento de la ineficiencia de los controles existentes: los excesos en la jornada de trabajo atentan no sólo contra la salud y la seguridad, sino también contra la creación de nuevos puestos de trabajo. (Duarte David, 2008, pp. 294 y 295)

También Rodríguez Mancini (2004) afirma que, por diversos motivos de índole socioeconómica relativos a la ya conocida insuficiencia de los salarios para afrontar las necesidades más elementales y a la consecuente necesidad del trabajador de contar con mayores ingresos, existe en nuestro país la difundida práctica de trabajar horas extra, sin que se cumplan las exigencias para habilitar

una excepción temporaria y aun en casos en que ni siquiera se presenta una situación excepcional, en todos los casos en los que se excede el tope legal sin excepción que lo autorice, las horas trabajadas en esas condiciones revisten carácter ilícito.

Según un informe patrocinado por la OIT (Lee, Mc Cann y Messenger, 2007) acerca de las horas de trabajo en el mundo en las últimas décadas Argentina ha ido permaneciendo en el selecto grupo de países de jornada legal de mayor duración, mientras una mayoría de países va limitando progresivamente sus jornadas legales. Tal cosa se puede apreciar en los cuadros comparativos a través del tiempo de las páginas 13y 16 del estudio citado.

Prosigue dicho estudio (Lee, Mc Cann y Messenger, 2007) diciendo que, a 2007, alrededor de 22 por ciento de la fuerza de trabajo mundial, equivalente a unos 614,2 millones de trabajadores, tienen jornadas de duración excesiva. Las jornadas de menor duración tienen efectos positivos, dice el informe, incluyendo beneficios para la salud y la vida familiar, la reducción de accidentes en el lugar de trabajo, así como mayor productividad e igualdad entre los sexos. Al mismo tiempo, el estudio advierte que una cantidad considerable de personas que trabajan pocas horas en países en desarrollo y en transición pueden encontrarse subempleados, y son más vulnerables a la pobreza. Se podría suponer que luego de la crisis financiera mundial de 2008 esta situación global y general probablemente haya empeorado.

Trabajar horas por encima de los máximos legales, y además en países en los cuales, como Argentina, tienen ya de por sí los más elevados máximos legales, no solo es pernicioso para la salud y vida del trabajador, sino que además tiene una relación directa con los niveles de desempleo y de subempleo. Si a causa de salarios de bajo poder adquisitivo una buena parte de los trabajadores empleados se ven obligados a trabajar más horas, está bien claro que una

empresa que podría contratar a dos trabajadores para atender el caudal de trabajo necesario seguirá contratando a uno solo: al susceptible de ser explotado. Además ese otro trabajador que no accede por estas razones al mercado de trabajo estará en el desempleo o en el subempleo. Resulta al respecto interesante transcribir algunos de los considerandos del Decreto Nacional N° 484 del año 2.000 que retrotrajo los límites mensuales y anuales de horas extras a un máximo de 30 horas mensuales y de 200 horas anuales. Por ejemplo, uno de dichos considerandos dice “que los actuales indicadores sociales, denotan la existencia de una importante cantidad de trabajadores que desarrollan tareas en exceso de la jornada legal de trabajo, mientras que se advierte el predominio de formas precarizadas de empleo y un elevado índice de desocupación”. Otro de esos considerandos afirma “que recientes estudios y estadísticas dan cuenta que un alto porcentaje de la población ocupada trabaja, en promedio, más de CINCUENTA (50) horas cada SIETE (7) días”.⁴² Difícilmente dicha situación socioeconómica haya cambiado mucho para mejor de esa época a esta parte en Argentina.

Para terminar de dimensionar hoy en día la potencial vulnerabilidad del trabajador en el ámbito de la relación de dependencia convendría refrescar algunos indicadores económicos y sociales. La situación socioeconómica actual de Argentina arroja indicadores preocupantes. El periodista económico Ismael Bermúdez explica respecto al informe del INDEC de distribución del ingreso al tercer trimestre de 2016 que de los que están ocupados en una actividad laboral formal o informal, asalariada o no, la mitad cobró menos de \$ 9.000 mensuales. Proyectado a todo el país son casi 9 millones de personas. En promedio, el ingreso del total de los ocupados fue de \$ 10.757. A su vez, si se consideran los ingresos de los hogares, donde pueden existir uno o más ingresos de los integrantes del grupo familiar, la mitad de las familias percibió menos de \$

⁴² Decreto Nacional N° 484 del 14 de junio del 2.000

15.700, mientras el ingreso promedio fue de \$ 20.871.⁴³ Por otra parte la medición de desocupación y subempleo que realiza el INDEC, también al tercer trimestre de 2016, arrojaba una desocupación del 8,5%, y un subempleo total (demandante más no demandante) de 10,2%.⁴⁴

Siguiendo con mediciones del INDEC, a junio de 2016 la pobreza alcanzó al 32,2% de las personas y al 23,1% de los hogares en el segundo trimestre de 2016, con lo cual se puede deducir que buena parte de los que trabajan de todas maneras están en la pobreza. A su vez, un grupo familiar requirió de \$12.489,37 para poder adquirir la Canasta Básica Total (CBT) -compuesta por alimentos, indumentaria y servicios básicos-, para no caer por debajo de la línea de pobreza, informó el Indec.⁴⁵ Esta última cifra a junio 2016 no está demasiado lejana del ingreso de la mitad de las familias argentinas a septiembre 2016.

Por otra parte, un sondeo de opinión a diciembre de 2016 en el ámbito del AMBA (Ciudad de Buenos Aires más primer y segundo cordón del conurbano) muestra una creciente preocupación por la inseguridad económica frente a otros miedos y preocupaciones tradicionales. El 72% de los entrevistados afirma sufrir inseguridad económica. En el Primer Cordón del Conurbano es el 74% y en el Segundo Cordón llega al 77%.⁴⁶

Por último, según un reciente artículo periodístico que cita al trabajo “Monitor Social” N° 5 del Instituto IERAL (Instituto de estudios sobre la realidad argentina y latinoamericana) titulado “Los problemas del mercado laboral requieren un abordaje integral: algunas alternativas de política”, al final del

⁴³ Fuente: “La mitad de los argentinos con ingresos ganan menos de \$8.000 por mes” (5/1/17). Suplemento IEco de diario Clarin. Recuperado el 21/1/17 de: http://www.clarin.com/ieco/economia/mitad-argentinos-gana-8000-mes_0_SkF8qI3He.html

⁴⁴ Fuente: “Según el Indec la desocupación cayó a 8,5% en el tercer trimestre”. (25/11/16) El Cronista. Recuperado el 21/1/17 en: <http://www.cronista.com/economiapolitica/Segun-el-INDEC-la-desocupacion-cayo-a-85-en-el-tercer-trimestre-20161125-0106.html>

⁴⁵ Fuente: “Indec: el 32,2% de los argentinos es pobre y el 6,3% se encuentra en la indigencia” (28/09/16). Télam. Recuperado el 21/1/17 en: <http://www.telam.com.ar/notas/201609/164862-pobreza-indec-cifras-estadisticas.html>

⁴⁶ Fuente: “Primer relevamiento del Monitor del clima social del AMBA”, Centro de Estudios Metropolitanos. Recuperado el 21/1/17 en: <http://www.slideshare.net/estudiosmet/1-relevamiento-del-monitor-del-clma-social-del-amba-del-centro-de-estudios-metropolitanos>

tercer trimestre de 2016 la mitad de la Población Económicamente Activa (casi diez millones de personas) tiene problemas de precarización e informalidad laboral.⁴⁷

En síntesis, puede presuponerse que muchos trabajadores argentinos se podrían hallar hoy en día enfrentando un potencial estado de vulnerabilidad importante, tanto por miedo a perder su trabajo como por no poder alcanzar un ingreso que permita el sustento de su familia, en momentos que se enfrentan a situaciones de imposición HEF por parte de sus empleadores.

b. Diferentes hipótesis ante imposición de HEF por parte del empleador

Cabe recordar, antes de enumerar las hipótesis, la definición propuesta en el apartado III respecto de Horas Extras Forzosas (HEF): “Situación laboral que se caracteriza por la exigencia por parte del empleador hacia el empleado de trabajar por encima de los límites de la jornada de trabajo establecidos por la legislación de un país (ley o convenio colectivo homologado), verificándose la explotación por parte del empleador de un estado de vulnerabilidad del trabajador ante la amenaza de una pena en forma de privación de derechos o ventajas como pueden ser la conservación del empleo o la obtención de un salario mínimo que le permita vivir dignamente de acuerdo a su situación familiar, o ambas”.

Estas son, entonces, las posibles situaciones ante requerimiento de empleador, sin obligación para el empleado, de hacer horas extras:

1. Persona que no acepta la imposición desde momento cero

⁴⁷ Fuente: “La mitad de la población tiene problemas de empleo” (11/02/17). Infobae. Recuperado 14/2/17 de: <http://www.infobae.com/economia/2017/02/11/la-mitad-de-la-poblacion-activa-tiene-problemas-de-empleo/>

2. Persona que acepta coaccionada por situación de vulnerabilidad configurándose efectivamente la situación de HEF, debido a:

2.1. Miedo a perder el trabajo actual. Las horas extras pueden estar siendo pagadas bien o mal o no siendo pagadas.

2.2. Miedo a no obtener un futuro mejor puesto prometido. Las horas extras pueden estar siendo pagadas bien o mal o no siendo pagadas.

2.3. Por no llegar a un ingreso mínimo digno para su subsistencia familiar. Las horas extras pueden estar siendo pagadas bien o mal.

3. Hipótesis 2 más situación de discriminación

Una persona de la situación 2 que además constata que está siendo objeto de un trato discriminatorio. Al respecto vale recordar lo que dice el artículo 1° de la ley 23.592: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.⁴⁸

4. Hipótesis 2 y/o 3 más riesgo de enfermedad psíquica o física

Además de lo antedicho, cualquier persona atrapada en las circunstancias 2 o 3 puede llegar a estar expuesta a riesgos psicosociales y estrés laboral que pueden desembocar en enfermedades psicofísicas importantes.

Según un estudio de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo los riesgos psicosociales se derivan de las deficiencias en el diseño, la organización y la gestión del trabajo, así como de un escaso contexto social del

⁴⁸ Ley Nacional N° 23.592, del 3/8/1988, referente a Actos Discriminatorios.

trabajo, y pueden producir resultados psicológicos, físicos y sociales negativos, como el estrés laboral, el agotamiento o la depresión. Algunos ejemplos de condiciones de trabajo que entrañan riesgos psicosociales son: cargas de trabajo excesivas; exigencias contradictorias y falta de claridad de las funciones del puesto; falta de participación en la toma de decisiones que afectan al trabajador y falta de influencia en el modo en que se lleva a cabo el trabajo; gestión deficiente de los cambios organizativos, inseguridad en el empleo; comunicación ineficaz, falta de apoyo por parte de la dirección o los compañeros; acoso psicológico y sexual, violencia ejercida por terceros. Por otra parte, Los trabajadores sienten estrés cuando las exigencias de su trabajo son mayores que su capacidad para hacerles frente. Además de los problemas de salud mental, los trabajadores sometidos a periodos de estrés prolongados pueden desarrollar problemas graves de salud física, como enfermedades cardiovasculares o problemas musculo esqueléticos.⁴⁹

En este punto adquiere relevancia el recientemente reformado artículo 75° de la LCT de deber de seguridad por parte del empleador, que en su primer párrafo dice que “el empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos”.⁵⁰

⁴⁹ “Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo”. Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Recuperado 21/1/17 en: <https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-stress>

⁵⁰ Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, de 1974. Cap VII, Artículo N° 75° (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 27.323 B.O. 15/12/2016)

VII. Derecho de resistencia del sujeto afectado por una situación de HEF en Argentina

a. Derecho de resistencia individual

Existe en la relación de trabajo, indiscutidamente, una desigualdad económica y social que los poderes públicos se proponen nivelar, al menos eso se proclama a través de las leyes fundamentales. En consecuencia, cuando existen algunas de las anormalidades en el funcionamiento de aquellos derechos fundamentales (de los poderes públicos: el Ejecutivo en su ejecución, el Legislativo en su regulación, y el Judicial en su juzgamiento) o incumplimientos que se advierten a menudo en materia de jornada de trabajo, debemos tener presente que esas materias concretas del derecho del trabajo cuentan con derechos fundamentales suficientes para hacer remover los obstáculos que impidan su desarrollo pleno. (Duarte David, 2008, p. 301)

Históricamente se ha identificado el derecho de resistencia como colectivo: la huelga y otras formas de acción directa mediante las cuales lograr la autodefensa colectiva y reivindicación de derechos laborales. Dice Arese (2014) que no hay ninguna posibilidad de sustituir el accionar colectivo como tal pero que el reconocimiento de Derechos Humanos al individuo frente al Estado ha hecho que los individuos en la relación de trabajo han sido fortalecidos en materia de derechos y mecanismos de ejecución.

Sigue diciendo Arese (2014) que en las relaciones individuales de trabajo, el derecho de resistencia laboral consiste en la potestad del trabajador de oponerse y no cumplir las órdenes o condiciones ilícitas impuestas por el empleador dentro de una relación laboral.

Se define como la desobediencia justificada, causada o legítima al cumplimiento de las disposiciones organizativas o directas del empleador. En otras palabras, es el ejercicio directo, de hecho y por propia iniciativa de un derecho admitido por la legislación de forma explícita o implícita y que exime al trabajador de incurrir en una falta o insubordinación, en suma de un incumplimiento contractual. Puede observarse que nada nuevo habría bajo el sol si se recuerda el viejo mecanismo de la *exceptio non adimpleti contractus*,

la liberación de deberes contractuales autorizada por el ordenamiento común frente al incumplimiento de una de las partes. (Arese, 2014, p. 589)

Este derecho de resistencia del trabajador, basado en la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento⁵¹, descripta *ut supra*, es importante para el caso 1. de las hipótesis de HEF, o sea aplicable a la persona que desea abstenerse de prestar servicios, desde el momento cero, frente a la orden de realizar HEF, es decir, por causas que estén fuera de las previstas por el artículo 203° de la LCT. También será de suma importancia mientras se sustancia cualquier otra de las acciones que se verán a continuación, entre que se presenta la demanda y el tribunal resuelve.

b. Recursos y acciones individuales frente a las hipótesis de HEF del apartado VII.b.

1. Recurso de amparo.

Anteriormente, al citar en este trabajo la teoría de la *Drittwirkung*, o sea la validez y eficacia de los Derechos Humanos ante terceros, se dijo que en Argentina la misma estaba receptada, a partir de la reforma de 1994, en el artículo 43° de la CN, al consagrar que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. Es decir que, en principio, ante la configuración de un caso de Horas Extras Forzosas se estaría lesionando un Derecho Humano por parte de un particular (empresa) a un particular (empleado), y éste último estaría habilitado para la presentación de un recurso de Amparo para hacer cesar esa situación de ilicitud en la relación laboral.

Ahora bien, un requisito que se le exige a la acción de amparo es la de la no existencia de otro medio judicial más idóneo para resolver la situación. Y en

⁵¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. Artículo N° 1.031

Argentina, en la materia que es objeto de este trabajo, existen otros remedios para ejercer el derecho de resistencia en situaciones de violación de Derechos Fundamentales Laborales consagrados por leyes a los cuales se podría acudir antes de recurrir al recurso de amparo del artículo 43° de la CN, como se verá a continuación.

2. Acciones previstas ante el ejercicio irregular del Jus Variandi.

Ante un ejercicio abusivo del Jus Variandi, partir de la reforma de 2006 el artículo N° 66 de la LCT abre dos caminos de posibles acciones para toda persona que se halle en un estado como los descriptos en los puntos 1 a 4 del apartado anterior:

- i. Acción para considerarse despedido sin causa por haberse colocado al trabajador en la situación de despido indirecto del artículo N° 246 de la LCT. El ejercicio abusivo del Jus Variandi es una causal autónoma de despido.
- ii. Acción sumarísima para exigir el restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas. Hasta la sentencia definitiva, el mismo artículo N° 66 de la LCT ordena se emita una medida cautelar que podría resultar de no innovar (en el caso de que todavía las condiciones alteradas de la relación de trabajo no se hubieran puesto en marcha en la empresa) o de innovar (en el caso de que las condiciones alteradas ya estuvieran funcionando al momento de iniciar la acción sumarísima).

Puede ocurrir que el trabajador al intentar estas acciones quede expuesto a represalias por parte de la empresa. En este caso, según Arese (2014), ante cualquier reclamo directo, administrativo o judicial del dependiente, y como derivación y garantía del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva, se presenta la garantía de indemnidad del trabajador.

Significa que el ejercicio de una acción judicial o los actos preparatorios no pueden acarrear consecuencias perjudiciales para quien lo ejerce. Tiene un carácter preventivo y preservativo del Derecho de fondo y de sus acciones (...)

Significa una cobertura o blindaje para quien ejerce su derecho a reclamar o instar un proceso administrativo o judicial, incluidas las represalias directas o indirectas que el empleador pueda adoptar contra el trabajador como consecuencia de esa acción. (Arese, 2014, p.239)

3. Acción prevista en la Ley N° 23.592 contra Actos Discriminatorios

En el caso de un trabajador que además de ser objeto de imposición de HEF la misma acción sea una conducta discriminatoria contra su persona (situación 3 de las hipótesis de HEF), el mismo estaría en condiciones de solicitar el cese de tal conducta y además una indemnización por el daño material y moral que se le haya causado según aplicación de esta norma citada.

Adicionalmente, esta acción podría ser invocada en el caso de represalia empresarial contra el trabajador en el curso de las acciones que el mismo inicie para el restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas por el empleador, como se viera en el punto anterior.

“Un despido ligado directa o indirectamente al ejercicio de acciones judiciales o, lo que es lo mismo, al acceso a la justicia para dirimir controversias, puede habilitar una acción antidiscriminatoria destinada al restablecimiento del vínculo laboral alterado (art.1°,Ley N°23.592)” (Arese, 2014, p. 250)

4. Acción en el marco de la Ley N° 24.557 de Riesgos del Trabajo

En el caso que se corresponde con la situación 4 de las hipótesis de HEF, es decir en el caso de un trabajador que a raíz de la imposición de esas HEF la situación haya derivado en deterioro grave de su salud psicofísica hasta convertirse en enfermedad profesional, el trabajador podrá solicitar tanto una reparación sistémica ante la Administradora de Riesgos del Trabajo solicitando la indemnización tarifada, como también, si procediera, una reparación extra

sistémica ante su empleador fundada en el Código Civil y Comercial de la Nación.

5. Acción civil por Daños y Perjuicios.

Por daño moral ante despido sin causa o indirecto del punto 2.i, en vinculación con el ilícito que lesiona al principio de indemnidad o deber de no dañar – alterum non laudere- del artículo 19° de la Constitución Nacional y los artículos N° 51 y N° 1.710 del Código Civil y Comercial de la Nación, a raíz de la situación de violación de Derechos Humanos por efectos de la imposición de la situación abusiva de Jus Variandi que se tradujo en la situación de Horas Extras Forzosas.

Para cualquiera sea entonces la opción de acción que el trabajador termine eligiendo para resistir por sus Derechos Fundamentales Laborales (DFL), el objetivo de este trabajo ha consistido en brindarle un argumento adicional para refuerzo de su posición y argumentación en la controversia: el empleador al querer someterlo a que haga Horas Extras Forzosas (HEF) está violando sus Derechos Humanos. Esto es lo que debería quedar claro y de manera pública al final del camino.

VIII. Conclusiones

La presente investigación tuvo como objetivo indagar acerca de si es posible en el ámbito jurídico argentino invocar, en el caso de que se verifiquen Horas Extras Forzosas (HEF) en el marco del trabajo en relación de dependencia, una violación a los Derechos Humanos del trabajador.

A tales efectos se llevó a cabo un estudio de lo que prescriben sobre el Trabajo Forzoso distintas Declaraciones, Tratados y Pactos internacionales sobre Derechos Humanos de aplicación imperativa para nuestro país, como así también se reseñó la creciente tendencia en la promoción de Derechos Humanos en el ámbito empresario en general, y la prevención del Trabajo Forzoso en particular, demostrando que si bien no son de aplicación imperativa para los particulares, los gobiernos, entre ellos Argentina, si se han comprometido a difundir y a hacer respetar los Derechos Humanos y a facilitar el acceso a la justicia para hacerlos valer.

Importante resultó para este trabajo hallar que un órgano de control como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Resoluciones (CEACR) de la OIT, al cual se le reconoce total validez en sus dictámenes, haya hecho pública su interpretación del concepto de HEF como la situación laboral que se caracteriza por la exigencia por parte del empleador hacia el empleado de trabajar por encima de los límites de la jornada de trabajo establecidos por la legislación de un país (ley o convenio colectivo homologado), verificándose la explotación por parte del empleador de un estado de vulnerabilidad del trabajador ante la amenaza de una pena en forma de privación de derechos o ventajas como pueden ser la conservación del empleo o la obtención de un salario mínimo que le permita vivir dignamente de acuerdo a su situación familiar, o ambas. Esto ha permitido sentar una base argumental esencial, cual es que de probarse fácticamente la situación de HEF se deja probada entonces una violación concreta de Derechos Humanos, al verificarse específicamente el incumplimiento, como mínimo, por un lado del art. 8°.3.a) del PIDESC (Pacto de jerarquía constitucional según artículo 75° inc. 22, ratificado por Ley

Nacional N° 23.313), y por otro del art. 6°.2 del Pacto de San José de Costa Rica (Pacto de jerarquía constitucional según artículo 75° inc. 22, ratificado por Ley Nacional N° 23.054).

Se ha estudiado luego la aplicabilidad directa y operativa en Argentina de los Derechos Fundamentales Laborales para concluir que efectivamente una situación de HEF, como cualquier otra derivada de normas contenidas en los Pactos y Tratados sobre Derechos Humanos integrantes del bloque de constitucionalidad de derechos laborales, se traduce en derechos que en principio pueden ser ejercidos e invocados directamente en el ámbito jurídico argentino, sin complemento obligatorio de disposición positiva local alguna.

Habiendo analizado doctrina, legislación y jurisprudencia local, con respecto tanto a jornada laboral y descansos, como a las facultades del empleador de modificar las formas y modalidades del contrato de trabajo – Jus Variandi- se pudo concluir que si el empleador, al ejercer esta facultad de dirección, se excede y hace caer la cantidad de horas de trabajo exigidas como suplementarias dentro del rango de no obligación del trabajador de cumplir con las mismas, y se aprovechara el empleador al hacer tal cosa de una situación de vulnerabilidad de su empleado por la cual éste se viera obligado a aceptarlas, se estaría configurando la situación de HEF, objeto del presente trabajo.

Con la lucha histórica por la reducción de la jornada laboral los trabajadores han defendido sus Derechos Humanos a la salud, a la vida, a tener un proyecto de vida digno, a no ser tratado como una mercancía. Cabría reflexionar acerca de cómo podría alguien, una vez alcanzado dicho objetivo de trabajar durante una jornada limitada, tener un proyecto de vida digna si el salario no resulta adecuado a sus necesidades personales y familiares mínimas que le permita vivir con tal dignidad. Por lo tanto resulta evidente que es necesario que ambas cosas concurren a la vez, esto es jornada limitada más salario justo. Esta combinación simultánea constituiría la condición sine qua non para que el trabajador no pase una línea de vulnerabilidad, esa línea que permitirá muy probablemente el abuso por parte de quien lo contrata. Se pasó

consiguientemente a analizar luego la delicada situación socio económica actual de nuestro país, y se pudo así establecer como presupuesto que dicha situación podría potenciar sobremanera los estados de vulnerabilidad en que un dependiente puede hallarse ante una exigencia por parte de su empleador a realizar Horas Extras Forzosas. Posteriormente se analizaron las diferentes hipótesis en que un trabajador se puede encontrar ante imposición de HEF.

Finalmente, se analizaron diversos remedios procesales que ofrece el sistema jurídico argentino para el derecho de resistencia individual del trabajador que se encuentre en algunas de dichas diversas hipótesis ante imposición de HEF, y se concluyó que cualquiera que sea el recurso o la acción que el trabajador termine eligiendo, a tales efectos podrá esgrimir como argumentación principal la violación de Derechos Humanos de la que está siendo objeto, de acuerdo a lo estudiado en el presente trabajo.

La novedad que se intentó introducir en el presente trabajo, al resaltar la resistencia individual a la modificación abusiva de las condiciones laborales, fue la de poner énfasis en la opción en la que el dependiente quisiese mantener su trabajo actual, es decir que el trabajador afectado a priori no aceptare considerarse despedido ni sentirse deseoso de que se lo despida, aun cuando esto último no pudiera ser asegurado nunca. La investigación intentó dejar priorizado que al plantear la excepción de incumplimiento como medida de resistencia inmediata o al elegir la acción sumarísima para exigir el restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas ilícitamente el trabajador lo que perseguía era que el empleador recapacite, que lo reconociese como persona humana en plenitud de todos sus derechos al cual debe respetar con una jornada limitada, con una remuneración suficiente y justa acorde a su situación familiar, en condiciones en las que no sufra riesgos psicofísicos ni amenazas a su vida. En definitiva, que el empleador respetara los Derechos Humanos de su empleado. Y en función de esto, si el trabajador no lograba su cometido de retener su puesto de trabajo, pudiera luego elegir un curso de acción complementario para verse resarcido en los perjuicios sufridos.

Para finalizar, una mínima reflexión acerca de lo que seguramente daría lugar a otros estudios adicionales, referente a cómo debería actuar el Estado ante una situación como la de objeto de estudio, qué deberían esperar del mismo los ciudadanos trabajadores. Los Derechos Fundamentales Laborales son parte de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC). Siguiendo a Abramovich y Curtis (2004) los objetores de la justiciabilidad de los DESC se basan en que estos tienen una entidad diferente a los Derechos Civiles y Políticos (CyP) por considerar que éstos tienen una naturaleza obligacional negativa por parte del Estado, mientras que los DESC implican obligaciones positivas que en general representan erogaciones del erario público. En su trabajo, estos autores concluyen que si se hace una conceptualización rigurosa esto llevaría a tener que admitir un continuismo de derechos en el que cada derecho, CYP o DESC, estará determinado por el peso de sus componentes en términos de obligaciones negativas o positivas que lo caractericen. Por lo tanto ciertas acciones de exigibilidad de DESC podrán estar determinadas por denuncias dirigidas a demandar el control de cumplimiento de obligaciones negativas (típicas de los CyP) tanto en cabeza del Estado como en cabeza de particulares. En el caso particular motivo del presente trabajo queda claro que el Estado tiene la obligación de concurrir a la custodia de los DESC del trabajador que es objeto de una situación de Horas Extras Forzosas, por resultar su deber el de controlar las obligaciones negativas de no violar Derechos Fundamentales Laborales que el empleador tiene a su cargo de acuerdo a todo lo analizado ut supra. Porque si estos Derechos Fundamentales Laborales no resultan estrictamente cumplidos en la base misma de la vida empresarial, esto es en la relación básica laboral entre el empleador y el trabajador, cualquiera sea la categoría de éste, entonces esto equivaldría a tener que aceptar que gran parte de la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional sería letra muerta para amplias capas de la población argentina.

IX. Bibliografía

11.1. Doctrina

a) Libros

ABRAMOVICH, VICTOR y COURTIS CHRISTIAN. (2004). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante tribunales locales. En ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS CHRISTIAN (Ed.), *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 283 – 350) (1ra edición 1ra reimpresión) [Versión electrónica]. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL

ARESE, MAURICIO CÉSAR (2014) *Derechos humanos laborales: teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo* (1ra edición). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

BIDART CAMPOS, GERMAN J. (1989) *Teoría general de los derechos humanos* (1ra edición). [Versión electrónica] México: Universidad Nacional Autónoma de México.

DUARTE, DAVID (2008) *El abandono de la jornada de ocho horas*. En RAMIREZ, LUIS ENRIQUE (Ed.), *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos* (pp. 269 – 317) (1ra edición) Buenos Aires: Editorial B de F.

DUARTE, DAVID (2014) *Temas claves del trabajo y el Derecho del Trabajo. Paralelismo del Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En MEIK M. y CONTRERA G. (Ed.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial* (pp. 561 – 679) (1ra edición) La Plata: Librería Editora Platense.

FERRAJOLI, LUIGI. (2009) *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4ta edición). [Versión electrónica] Madrid: Trotta.

LEE, S.; McCANN D.; MESSENGER J.(2007) *Working time around the world* (Horas de trabajo en el mundo). [Versión electrónica] Ginebra: ILO (OIT) - Routledge

HERNANDEZ SAMPIERI, R; FERNANDEZ COLLADO, C: BAPTISTA, LUCIO (1997). *Metodología de la Investigación*. México: Mc. Graw - Hill.

MIROLO, RENÉ R. (2003) *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Tomos 1 y 2. Córdoba: Advocatus.

NINO, CARLOS. (2007). *Ética y derechos humanos* (2da edición). Buenos Aires: Astrea.

O.C.D.E. (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO) (2013) *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales*. [Versión electrónica]. París: OCDE Publishing.

O.H.C.H.R. (OFICINA DE ALTO COMISIONADO EN DERECHOS HUMANOS O.N.U.) (2012) *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*. HR/PUB/12/2 [Versión electrónica]. New York y Ginebra: Naciones Unidas

O.I.T & The Global Compact. (2010). *Principios laborales del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Guía para empresas*. (1ra edición) [Versión electrónica]. Ginebra: O.I.T

RODRIGUEZ MANCINI, JORGE (2004) *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social* (5ta edición). Buenos Aires: Astrea.

RULLI, MARIANA. (2012). *Guía de derechos humanos para empresas. Proteger, respetar y remediar: todos ganamos*. (1ra edición). Buenos Aires: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD; Red Argentina Pacto Global. CD Rom.

YUNI, J. A., & URBANO, C. A. (2006). *Técnicas para Investigar y formular proyectos de investigación* (2° ed., Vol. 1). Córdoba: Brujas.

b) Artículos y revistas

ABEL, LUIS FEDERICO (2011) El control de convencionalidad como mecanismo para la integración entre el Derecho Interno y el Derecho Interamericano. Buenos Aires: revista La Ley, Tomo “C”, sección Doctrina [Versión electrónica]. Recuperado 19/7/2016 de: https://docs.google.com/document/d/1WfTf9DIulWyti-uaLe_AXJoFnE8N59xrlYDX1a6CXM/edit?hl=es

ACOSTA, MARIA VICTORIA; VIGO, CONSUELO; DE PETRE, PATRICIA (2010) El negocio jurídico alternativo en el derecho del trabajo. Buenos Aires: Thompson La Ley (DT2010 (abril), p. 803) [Versión electrónica]. Recuperado 19/7/2016 de: http://www.estudiovigo.com.ar/Recursos/10-9-28%209_58PM.pdf

ARDOY, JUAN JOSÉ (2010) *Derechos y obligaciones de las partes en la LCT. Nociones y alcances del ius variandi*. Buenos Aires: Microjuris (MJ-DOC-4595-AR). [Versión electrónica]. Recuperado 19/1/2017 de: <http://seoca.org/secretarias/internacionales/apuntes/034%20Derechos%20y%20obligaciones.pdf>

BARBAGELATA, HÉCTOR HUGO (2004) El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. Montevideo: Revista Derecho Laboral t. XLVII núm. 214 (pp. 213 y sigs) [Versión electrónica]. Recuperado 17/1/2017 de: wold.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/.../el-bloque-de-constitucionalidad.doc

ETALA, CARLOS ALBERTO (2001) *Los convenios de la OIT como fuente del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: La Ley 2201-F-1466. [Versión electrónica]. Recuperado 17/1/2017 de: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/etala-los-covenios-de-la-oit-y-su-interpretacion.pdf>

FERNANDEZ DELPECH, HORACIO y colaboradores (2002) *La jornada de trabajo y el trabajo de la mujer en la legislación argentina y del Mercosur*. Trabajo de la Cátedra de Derecho Empresario USAL. [Versión electrónica]. Recuperado 19/7/2016 de: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/PUBLICAtrabajosJornadaTrabajoMujerLegisArgYMerc.htm>

MEYNIEL ELSA y ROMUALDI EMILIO E. (2014) *Apuntes sobre la jornada legal de trabajo*. Rosario: Editorial Juris [Versión electrónica]. Recuperado 19/7/2016 de: <http://www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=129&texto=>

MIJANGOS Y GONZALEZ, JAVIER (2007). *La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Madrid: UNED Revista Teoría y realidad constitucional N° 20 (pp. 583 – 608) [Versión electrónica]. Recuperado 17/1/2017 de: <http://e->

11.2. Legislación

a) Antecedentes legislativos universales y regionales

ONU:

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y Protocolos Facultativos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y PF.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)

OIT:

Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919).

Declaración de Filadelfia de la OIT (1944), de objetivos y principios de la OIT.

Convenios OIT sobre trabajo forzoso Nros 29 (1930) y 105(1957)

Convenios OIT sobre jornada de trabajo Nros 1 (1919), 30 (1930)

Declaración de la OIT (1998) sobre principios y derechos fundamentales N° 29 y 105.

Declaración de la Convención Internacional del Trabajo 96. Estudio sobre Convenios sobre Trabajo Forzoso. Informe III – parte 1B. (2007)

Protocolo relativo al Convenio OIT N° 29 (11-6-2014)

OEA:

Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

MERCOSUR:

Declaración Socio laboral del Mercosur de 1998.

Declaración Socio laboral del Mercosur de 2015.

b) Antecedentes legislativos nacionales

Constitución Nacional de la República Argentina

Leyes y Decretos Nacionales

Ley 11.544 (1929) sobre Jornada de Trabajo, y su DR 16.115/33

Ley 19.587 (1972) de Seguridad e Higiene en el Trabajo

Ley 20.744 (1974) y modificaciones, de Contrato de Trabajo

Ley 23.592 (1988) contra Actos Discriminatorios.

Ley 24.577 (1995) de Riesgos del Trabajo

Ley 25.212 (1999) y modificaciones, de Régimen general de sanciones por infracciones del trabajo

Ley 26.727 (2011) sobre Estatuto del trabajo rural

Ley 26.844 (2013) sobre Estatuto del trabajo en casas particulares

Ley 26.994 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación (vigencia 1/8/2015)

Decreto PEN 484/2000 sobre límites de horas suplementarias

11.3. Jurisprudencia

Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 18/13, 17/9/2003, solicitada por Estados Unidos Mexicanos sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Nacional

CSJN “Ekmedjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otro”, 7/7/92, Fallos 215:1492

CSJM “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”, 3/5/2007. M.1488. XXXVI- Fallos: 330:1989

CSJN “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/2/2017, 368/1998 (34-M)/CSJ. Recuperada 15/2/17 de: <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

CNTrab, Sala VIII. “Moreno, Oscar Raúl c. D.R.A. S.A. Distribuidora de Revestimientos y Afines S.A.”, 29/07/2009. La Ley Online AR/JUR/27522/2009

CNTrab- Sala II- “Quinteiro, Luis Alberto c/ TELAM S.E. s/ Juicio Sumarísimo”,20/05/2011. elDial.com – AA6D52

CNAT Sala I. “Sierra, Delia C/ Casa de Moneda Soc. del Estado s/Despido”, 22/8/96. Expte: 60067

CNAT CABA Sala V “Gómez, José Delfino c/ Wajs, Aaron s/Despido”, 18/5/2012, Id SAIJ: FA1240330

CNAT CABA Sala VI “Galarza Elizabeth V.P. c/ ISS Argentina SA s/Despido”, 16/8/2012, Sentencia N° 64.213

X Índice sumario

I. Introducción (6)

II. Protección contra el Trabajo Forzoso: su tratamiento en Declaraciones, Tratados y Pactos Internacionales de aplicación imperativa y en iniciativas internacionales de aplicación no imperativa (10)

- a. Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- b. Organización de Naciones Unidas (ONU)
- c. Organización de Estados Americanos (OEA)
- d. MERCOSUR
- e. Iniciativas ONU y OCDE sobre Empresas y Derechos Humanos

III. Horas Extras Forzosas (HEF): su definición como Trabajo Forzoso según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Resoluciones (CEACR) de la OIT (23)

IV. Derechos Fundamentales Laborales (DFL): análisis de su aplicación directa y operativa en Argentina (25)

- a. Los DFL: Derechos Humanos en el trabajo en relación de dependencia
- b. Jus Cogens o Derecho imperativo internacional
- c. Efectos de los DFL en las normas internas sobre relaciones laborales
- d. Bloque de constitucionalidad laboral
- e. Monismo: la aplicación directa del Derecho Internacional de Derechos Humanos en Argentina
- f. Control de convencionalidad
- g. Recepción de los DFL por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

V. Tratamiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial argentino respecto de situaciones descriptas como HEF (39)

- a. Los límites de la jornada de trabajo y de las horas extras
- b. El Jus Variandi y el contrato de trabajo

- c. Ejercicio abusivo del Jus Variandi: sus límites
 - 1. Razonabilidad en el ejercicio
 - 2. Inalterabilidad de modalidades esenciales del contrato de trabajo
 - 3. Intangibilidad de los intereses del trabajador
 - 4. Inaplicabilidad de sanciones disciplinarias que constituyan modificaciones del contrato de trabajo
- d. Citas de jurisprudencia respecto de abusos del Jus Variandi

VI Problemática socio económica argentina actual y composición de hipótesis de situaciones de HEF en Argentina (51)

- a. El trasfondo socioeconómico y laboral argentino actual y la situación de vulnerabilidad del trabajador
- b. Diferentes hipótesis ante imposición de HEF por parte del empleador
 - 1. Persona que no acepta la imposición desde momento cero
 - 2. Persona que acepta coaccionada por situación de vulnerabilidad
 - 3. Hipótesis 2 más situación de discriminación
 - 4. Hipótesis 2 y/o 3 más riesgo de enfermedad psíquica o física

VII Derecho de resistencia del sujeto afectado por una imposición de prestar HEF en Argentina (59)

- a. El Derecho de resistencia individual
- b. Recursos y acciones individuales frente a las hipótesis de HEF del apartado VII.b
 - 1. Recurso de amparo
 - 2. Acciones ante ejercicio irregular del Jus Variandi
 - 3. Acción prevista en la Ley N°23.592 contra actos discriminatorios
 - 4. Acción en el marco de la Ley N°24.557 de Riesgos del Trabajo
 - 5. Acción civil por daños y perjuicios

VIII Conclusiones (64)

IX Bibliografía (68)

X Índice sumario (75)

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i>	
Publicación parcial <i>(informar qué capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica:
 _____ certifica que la tesis
 adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado