

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RESPONSABILIDAD POR EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS

MIGUEL A. SÁNCHEZ MARÍNCOLO(*) (790)

SUMARIO

I. La Constitución Nacional. - II. La ley de inmigración y colonización 817. - III. La ley 17294. - IV. Análisis de los supuestos del artículo 5° de la ley 17294.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Conclusiones.

Este tema tan debatido del trabajo de los extranjeros se ampara en las normas constitucionales. La existencia de esas garantías constitucionales al respecto y las limitaciones y aun prohibiciones que puedan establecerse por vía de leyes que reglamenten el ejercicio de tales derechos nos llevan necesariamente al análisis de las normas constitucionales vinculadas no solamente con el tema específico del trabajo de los extranjeros, sino también relacionadas con el tema genérico de la "inmigración".

Así, además del análisis de los principios establecidos en la Carta Fundamental, necesario es verificar las leyes migratorias que se han dictado en nuestro país, para determinar su constitucionalidad, en cuanto a leyes que, reglamentando el ejercicio de derechos constitucionales, pueda entenderse que los limita o coarta de alguna manera.

Varias son las normas constitucionales que tienen relación con el tema, algunas en forma directa, como el artículo 20, y otras, que si bien se refieren en forma indirecta al tema, como las contenidas en los artículos 14 y 25, son igualmente esenciales para llegar a determinar, en su conjunto, los derechos que tienen los extranjeros que se encuentran residiendo en el país, para trabajar y desarrollar actividades remuneradas.

Igualmente serán materia de análisis las distintas leyes generales sobre la "inmigración y colonización", dictadas en distintas épocas, Y también la ley específica sobre el trabajo de los extranjeros, que reflejan indudablemente la filosofía jurídico - política imperante en la época de su sanción y llenaron su contenido.

Enfocadas estas últimas normas, con relación al trabajo de los extranjeros, en la normativa exclusivamente migratoria, se puede sostener que ni la ley 817, sancionada el año 1876, primera ley que regula la "inmigración y colonización", aún formalmente vigente, ni la posterior legislación migratoria que emana del decreto - ley 4805/63, ratificado por ley 16478, legislan ni tratan en esencia el "trabajo de los extranjeros".

La ley 17294, sancionada y promulgada el 23 de mayo de 1967, como más adelante se verá, es la primera norma en el ordenamiento legal argentino que, en forma específica, trata el tema del "trabajo de los extranjeros" en la República.

I. LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Alberdi, a quien se llama el "Padre de la Constitución Argentina", difundió su pensamiento en innumerables y densas páginas sobre el tema, tratando de fundamentar su conocido lema: "gobernar es poblar", desarrollando sus ideas de tal manera que los 'autores de la Constitución, según afirma Linares Quintana (Tratado de la ciencia del derecho constitucional, t. III, pág. 538), coincidieron con Alberdi acerca de la inmigración, aun cuando no siguieron a éste en algunas conclusiones demasiado extremas".

El informe de la Comisión que elaboró el proyecto de la Carta Fundamental,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decía: "Como cristianos y demócratas, y teniendo noble emulación a los federales del Norte de América, modelo de engrandecimiento rápido y de libertad civil y política, los argentinos, en concepto de la Comisión, deben mostrarse hospitalarios para con el extranjero, y acordarle en este suelo favorecido los derechos, prerrogativas y protección que ha conquistado el hombre dondequiera que existen la civilización y la caridad del Evangelio" (Convención Nacional de 1898 y antecedentes, opus citado, pág. 539).

Esta apertura tan notable que ostenta la Constitución Nacional, verdadero programa de tipo universal, en materia de fraternidad con el extranjero, sin duda alguna; fue también, además, consecuencia de las leyes; que regían durante la época colonial.

Durante la época colonial existía un verdadero monopolio de la inmigración a favor de los españoles, de forma tal, que puede decirse que no existió realmente inmigración, fenómeno que se repite, sin duda alguna, durante los procesos políticos que viven los países coloniales cuando dependen de su Metrópoli. Situación parecida se advierte en Estados Unidos de Norteamérica durante la dominación inglesa, período en el cual no existió inmigración propiamente dicha, sino un total predominio de los ingleses. Más recientemente aún, el mismo fenómeno se advierte en Australia, donde tampoco existió una verdadera inmigración en sentido típico, sino el predominio y hegemonía de los ingleses (Sánchez Marincolo, M. A., Panorama de la inmigración en Australia, "Inmigración", año V, t. 8, pág. 665).

Ese monopolio existente en favor de los españoles, durante la época colonial tenía su fundamento en las Leyes de Indias que exigían autorización directa al extranjero para poder desembarcar, y el "Título 27 de la Recopilación Indiana" contenía treinta y ocho leyes que cerraban herméticamente la América meridional al extranjero no español, imponiendo la pena de muerte al que tratara con extranjeros (Linares Quintana, opus citado, pág. 536).

Como consecuencia evidente del progreso de las ideas albertianas, y las de los constituyentes de 1853, en oportunidad de discutirse y luego sancionarse la ley de "inmigración y colonización" N° 817, no entraba dentro del esquema de la ley la referencia o la inclusión en ese cuerpo legal de ninguna norma tendiente a regular el "trabajo de los extranjeros", ya que en esencia y definitivamente, en el pensamiento de los legisladores de esa época regular o reglar significaba la posibilidad de limitar, condicionar o prohibir de alguna manera el trabajo de los extranjeros. Por ello, ni en la ley 817, ni en las regulaciones posteriores (en general simples reglamentaciones) el tema del "trabajo del extranjero" fue materia de regulación legal.

Esta necesidad de la protección del "inmigrante", tiene su fundamento en las ideas de los constituyentes de 1853, los que dieron jerarquía constitucional a la premisa del fomento de la inmigración, a punto tal que el artículo 25 de la Carta Fundamental establece, y esto como obligación, "que el Gobierno Federal debe fomentar la inmigración europea", y refirmando dicho principio, le impide o veda "restringir o limitar, ni gravar con impuesto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alguno la entrada al territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

Congruentemente con este principio, el artículo 20 de la Constitución sienta una premisa de fundamental importancia, que constituye un verdadero programa y marca el rumbo de la normativa constitucional, al establecer que: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión..."

Sostiene Linares Quintana (Tratado de la ciencia del derecho constitucional, t. I, pág. 69), que "La trascendencia histórico - político universal que alcanzó la Revolución Francesa, oscurece sin duda alguna el brillo del similar movimiento norteamericano...", de forma tal que la institucionalización de los derechos del hombre y del ciudadano, su trascendencia en el tiempo y su afirmación en las ideas de los pueblos es una obra, casi diríamos consecuencia, de la Revolución Francesa.

Pero si bien la Revolución Francesa da y otorga los fundamentos filosóficos y doctrinarios de los "nuevos derechos universales como hombre y ciudadano", en materia de reconocimiento de los derechos de los extranjeros, a la misma altura y con igual intensidad de protección que a los propios nacionales, es la Constitución Argentina, la que se transforma en paradigma del principio, y la primera que institucionaliza no sólo la protección del extranjero, sino, más aún, la equiparación del mismo al nacional. Más importante resulta aún este principio, cuando al mismo se le otorga jerarquía constitucional, lo que importa transformarlo en norma de entidad sustantiva y especialísima.

No existe duda, pues, de que la Constitución Argentina, a través de normas que sientan principios programáticos, protege y garantiza el ingreso y asentamiento de los extranjeros, y también el trabajo de los mismos.

Víctor Manuel Orlando (opus citado, t. I, pág. 82) expresa: "No es cosa de poner absolutamente en duda que aquellos que dieron una constitución a la Argentina fueron guiados por un sentido que tiene algo de milagroso", lo que permite afirmar a Linares Quintana (t. I, pág. 82) que la Constitución Argentina "es sin duda alguna la más liberal, humanista y generosa de la tierra, hasta el punto de que en las postrimerías de la Guerra de 1914 Adolfo Posada preconizaba que el preámbulo de la Constitución Argentina fuera tomado como modelo para la Carta de las Naciones".

En esta tesitura, uno de los pilares que pueden sostener la afirmación de Linares Quintana, sin duda alguna, es la extraordinaria amplitud, generosidad y fuerza con que la Constitución Argentina sienta las premisas de la protección y garantía del extranjero.

Ahora bien, bueno es recordarlo, que de una manera uniforme y consecuente la doctrina y la jurisprudencia, en especial la emanada de la Corte Suprema de Justicia, han sentado y afirmado que los derechos constitucionales no son absolutos, sino enunciaciones programáticas necesariamente vinculadas a las leyes que reglamentan su ejercicio. Es decir, que para el constituyente, sancionada la norma de mayor entidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jerárquica: los derechos de índole y naturaleza constitucional, deben éstos ejercerse conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio y, fundamentalmente, en todo lo que atañe a los derechos y garantías individuales, en especial a las libertades individuales que la Constitución consagra.

Así, pues, el artículo 14 de la norma constitucional establece que los habitantes de la Nación gozan de los derechos que enumera, y no solamente en ese artículo, sino en todo el andamiaje constitucional. No ha sido precisa la norma en cuestión, ya que parecería limitar el goce de los derechos que tiende a proteger y a asegurar, solamente a los "habitantes", concepto éste sumamente lato y nada preciso, analizado con rigorismo científico. Pero esta imprecisión en el concepto de "habitante" en nada perturba la premisa de protección del extranjero, ya que la Constitución hace asimilable y extensivo los derechos civiles de los "habitantes" a los extranjeros, a mérito de lo dispuesto por el artículo 20. En definitiva, la problemática de la "imprecisión" del vocablo "habitante" puede reducirse a un esquema que no sea dubitativo, esto es, considerar primariamente como "habitante" al nacido en la República y que vive en forma continua y permanente en la misma, y de esta manera se tendrá caracterizado, muy esquemática y primariamente, al "habitante", y todos los derechos civiles que tenga este "habitante" lo tendrá por extensión el extranjero. Siempre, claro está, conforme a las leyes que reglamenten el ejercicio de esos derechos.

Arduo es el problema que plantea la determinación analítica, desde el plano estrictamente jurídico - constitucional, de la limitación del ejercicio y goce de los derechos constitucionales, a través de las leyes que reglamenten el ejercicio de esos derechos. Así también, difícil es la delimitación precisa de ese concepto, de forma tal que la ley que reglamenta el ejercicio del derecho constitucional no lo limite o lo restrinja o, simplemente, lo anule.

Sentado lo que antecede, se evidencia entonces el porqué no haya existido, hasta la sanción de la ley 17294, una norma o conjunto de normas que hubieren regulado el trabajo de los extranjeros en la República, y además cuál "extranjero" debía ser materia de regulación en el ejercicio del derecho constitucional de trabajar.

Hasta el presente, la legitimidad intrínseca de la ley 17294 no ha sido cuestionada, a pesar del lapso de su vigencia, casi cinco años, y no conocemos decisión judicial alguna sobre la constitucionalidad o no de este conjunto de normas, pero atendiendo a la jurisprudencia y al criterio de la Corte Suprema de Justicia, esto es: "que no serán consideradas inconstitucionales las normas reglamentarias, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales", es evidente que las normas de la ley 17294 no resultan ni pueden ser consideradas inconstitucionales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada, en sus diversas composiciones, refirmando: "la facultad de la Nación para reglar y controlar el ingreso de extranjeros, conforme con los preceptos constitucionales, del modo y en la medida en que lo requiera el bien común

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en cada circunstancia" (Fallos de la Corte Suprema de Justicia, t. 171, pág. 183). De igual manera el más alto tribunal de la Nación ha reafirmado su jurisprudencia en cuanto a "que la atribución del Estado, en punto a la admisión de extranjeros, con arreglo a lo dispuesto en la Constitución Nacional, implica la de expulsión de los que han entrado en el territorio nacional sin cumplir con los requisitos legales" (Fallos, opus citado, t. 188, pág. 325, y t. 200, pág. 99, mencionados en los considerandos del decreto - ley 4805/63, posteriormente ratificado por ley 16478). Es importante señalar que la doctrina más caracterizada, al igual que la jurisprudencia de los tribunales nacionales, con excepción de algún fallo aislado, ha aceptado y se ha receptado doctrinariamente la facultad ínsita en el concepto de soberanía, de que el Estado tiene la plena facultad de decidir sobre la admisión de los extranjeros, ya que no puede entenderse de otra manera la norma constitucional.

A tal punto se ha receptado la facultad del Estado en materia de admisión de extranjeros, que la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 12 de agosto de 1968, en autos: "Trinidad César" (La Ley, t. 133, pág. 461), ha sustentado que: "No es ilegal la detención, y por ello debe rechazarse el hábeas corpus entablado por el recurrente, extranjero a quien la Dirección Nacional de Migraciones denegó la radicación definitiva en el país, por no estar en las condiciones exigidas por el decreto 49/64, y considerarlo comprendido en las inhabilidades del decreto 22737/56, reglamentario de la ley 817, decretándose así su expulsión en ejercicio de las facultades que le acuerdan los artículos 69 y 79 del decreto - ley 4805/63 (ratificado por ley 16478)".

Con relación al problema genérico que supone la admisión de los extranjeros en la República, hemos anteriormente avalado esta postura, con la indiscutible autoridad del maestro del derecho administrativo, Bielsa, quien enseña (Tratado del derecho administrativo, t. 4, pág. 104, párr. a) que: "El derecho de la Nación a regular la admisión de extranjeros en la forma y medida que con arreglo a los preceptos constitucionales lo requiera el bien común en cada circunstancia, no es incompatible con los derechos individuales, consagrados por la Constitución, cuyo artículo 14 no ampara, claro está, al extranjero que logra ingresar en el país eludiendo los requisitos exigidos por la ley de inmigración y su reglamentación, y la autoridad competente para verificar y exigir el cumplimiento de dichos requisitos lo es para obtener la reconducción del inmigrante en cada caso".

No existe duda de que los derechos genéricos que consagra la Constitución Nacional deben ejercitarse en la medida en que resulten compatibilizados con el interés general y superior de la sociedad, y las leyes que reglamentan el ejercicio de tales derechos pueden establecer modos, pautas y formas de ejercerlos y, en nuestro tema, también limitar y aun prohibir el ingreso y la admisión de extranjeros que no resulten "deseables", ya sea por sus antecedentes penales, o cualquier otra circunstancia que, objetivamente considerada, lo hagan no merecedor a ingresar a la República y ser admitidos para residir en forma permanente en ella.

De la misma manera, los derechos y principios programáticos establecidos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constitucionalmente, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros, especialmente el de trabajar, deben estar necesariamente relacionados con la ley o las leyes que hayan delimitado el proceso de su ejercicio, y cuando la misma ley establece quiénes son los que, siendo extranjeros, pueden legalmente trabajar o desempeñar actividad remunerada en el país, y quiénes los que por la situación de la ilegalidad de su ingreso o permanencia no pueden hacerlo y tiende a la protección de los derechos genéricos de la sociedad beneficiaria, en sus variados aspectos, tal ley es constitucional.

II. LA LEY DE INMIGRACIÓN Y COLONIZACIÓN 817

Esta ley, sancionada el año 1876, atendiendo a los principios liberales rectores en la época en que fue sancionada, y con una metodología y técnica legislativa muy particular, tiende al fomento de la inmigración en todos sus aspectos, creando el organismo que deberá aplicar la ley, los agentes consulares argentinos en el exterior que deberán encargarse de la promoción de la inmigración, y regulando inclusive las condiciones de los buques conductores de inmigrantes, con un claro sentido tuitivo y protector, plenamente justificado en este aspecto, así como también se evidencia a través de las normas que regulan: "el desembarco de inmigrantes": "el alojamiento y manutención de los inmigrantes"; "la internación y colocación de los inmigrantes"; y otros capítulos en que se divide la ley.

La parte más importante de esta ley, está dada, a nuestro juicio, en el capítulo V, artículos 12 y siguientes: "De los inmigrantes", destinado a caracterizar a los sujetos de la ley, esto es, los inmigrantes.

La ley recurre en esta caracterización de los sujetos a pautas que no son certeras a esos fines, resultando más bien referencias incidentales que no hacen a la esencia del concepto "inmigrante". Así, por ejemplo, parecería que para ser "inmigrante" en los términos del artículo 12 de la ley, resultaría necesario que el extranjero fuera jornalero, artesano, industrial agricultor o profesor...", quedando la duda que solamente éstos pueden ser reputados inmigrantes, o si, por el contrario, son éstas simples pautas interpretativas, de manera que para ser inmigrantes resultara necesario tener un oficio, o trabajo o profesión que pueda reputarse útil a la Nación. Nosotros nos inclinamos por aceptar el criterio amplio, en el sentido que la ley no es limitativa a las profesiones u oficios que enumera, sino que los mismos son simplemente ejemplificativos.

El mismo defecto de técnica legislativa se observa también en la ley, cuando el artículo 12, y a los efectos de caracterizar al "inmigrante" establece que se requerirá que el mismo llegue a la República en buques a vapor o a vela, desechando otros medios de transporte, si bien bastante limitados, existentes en la época.

Presumiblemente, la inclusión en el artículo 12, de que los extranjeros llegaran a la República en buques, ya fueran de vapor o a vela, como elementos para poder caracterizarlos o reputarlos como inmigrantes, se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia en el territorio nacional. Esta incriminación legal tiene un sentido muy específico y guarda estrecha relación con la preceptiva constitucional relativa a la extensión de los derechos civiles de los "habitantes" a los extranjeros, ya que quien puede acceder al goce del derecho de trabajar es aquel que cumple y se somete a la ley, y no quien de forma voluntaria y consciente la viola.

Así, pues, la ley que analizamos establece en el mencionado artículo 1º una prohibición de trabajo, en las formas ya mencionadas, a todos aquellos extranjeros que se encuentren residiendo "ilegalmente" en la República, y también de aquellos que hubieran sido admitidos - esto es que se les hubiere permitido ingresar - en calidad de "temporarios", como, por ejemplo, los "turistas".

Respecto a la ilegalidad de la permanencia del extranjero en el país, e integrando este concepto relativo a su capacidad de trabajar legal y válidamente, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La circunstancia de encontrarse ilegalmente el extranjero en el país es suficiente para decretar su expulsión. Tal ocurre cuando el interesado continúa en el territorio argentino después de haber vencido el plazo de la permanencia temporaria autorizada, cuya ampliación no solicitó, como tampoco la radicación definitiva" (caso Ferreyra Hernández, Juan, publicado en La Ley, Repertorio XXIX, pág. 1019).

Dos son las conclusiones más generales que se extraen de este primer análisis del artículo 1º de la ley 17294: 1º) Que los extranjeros "ilegales" o que clandestinamente hubieren ingresado al país o hubieren permanecido en el país en esa forma, no tienen posibilidad de trabajar legalmente; más aún: la ley les veda el ejercicio de esa actividad. 2º) Que a los extranjeros que hubieren sido admitidos (se les hubiere autorizado) para residir en forma temporaria (que implica precariedad) la ley también les veda la posibilidad del trabajo legal o la posibilidad de desarrollar legalmente una actividad remunerada.

Corolario de ello es que la ley 17294 solamente otorga este derecho o reconoce la posibilidad de ejercerlo válida y legítimamente, a los extranjeros que hubieren sido admitidos en forma definitiva o permanente en el país, vale decir, a aquellos que hubieren sido admitidos para transformarse en habitantes de la República.

No se olvide que la admisión que se le acuerda a un extranjero en estas condiciones, es irreversible, vale decir, que una vez acordada y ejercitada, no puede ser revocada. En principio, y salvo los supuestos que prevé el decreto - ley 4805/63 (ley 16478), por motivos migratorios de ausencia de territorio nacional, y los motivos de carácter extra - migratorios establecidos por la ley 18235, el carácter de extranjero residente permanente o definitivo en la República (equiparable al término "habitante" en el concepto constitucional), no puede ser materia de revocación o pérdida.

Con relación a los extranjeros que hubieren sido admitidos en la República con carácter temporario, que implica limitación en el tiempo, el principio general es que no pueden trabajar, con excepción de aquellos contemplados en el último párrafo del artículo 1º de la ley, esto es, quienes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hubieren sido admitidos como "temporarios" y habilitados expresamente para trabajar, o cuando la autorización de ingreso en determinada categoría de "temporarios", implique por vía de la propia determinación legal, que están autorizados para trabajar (por ejemplo, los "trabajadores de temporada": hacheros, esquiladores, etc.).

Al tiempo que la ley establece la prohibición del trabajo de los extranjeros en las categorías y en las condiciones más arriba mencionadas, también fija situaciones limitativas con relación a los otros sujetos de la relación laboral, esto es los empleadores, o "dadores de trabajo" (terminología empleada por la ley en su artículo 5°).

Esta limitación rige, y parecería que existe especial énfasis en destacarlo en la ley, con respecto a las reparticiones oficiales y empresas estatales, ya que en el artículo 2° los menciona expresa y especialmente, cuando podría haberse obviado esta referencia, ya que al hablar de: "todo empleador o dador de trabajo", obviamente estarían comprendidos en ese concepto las empresas estatales e inclusive podría decirse que también las reparticiones oficiales. A pesar de ello, y quizás no por defecto de técnica legislativa, sino por un excesivo prurito de especificidad, la ley especifica y determina en el artículo 2° los sujetos de la relación laboral que quedan involucrados en la obligación de exigir a los extranjeros que aspiren a trabajar bajo su dependencia, los comprobantes que acrediten su residencia legal en el país, y con relación a los extranjeros "temporarios", que se encuentran habilitados para trabajar.

En estos casos, y con relación a los empleadores o "dadores de trabajo" la ley pone a su cargo la verificación, previa al contrato de trabajo, o la efectiva dación de trabajo, de que el extranjero puede trabajar, verificándose previamente estos supuestos:

1° Que el extranjero tenga residencia permanente;

2° Que el extranjero admitido para residir como "temporario": a) esté habilitado para trabajar; y b) que el plazo de su permanencia autorizada esté vigente, esto es, no haya vencido.

Cumplidos estos requisitos, y dándose los supuestos permisivos que la ley establece, el empleador o "dador de trabajo", puede libremente celebrar el contrato de trabajo, quedando a su exclusivo arbitrio el ofrecimiento de las condiciones relativas a forma, modo y precio, y en esencia al consentimiento de las partes el perfeccionamiento del contrato de trabajo.

La ley no contiene una prohibición expresa para el empleador, de emplear o dar trabajo a los extranjeros a quienes no puede darlo; sólo le exige la verificación y cumplimiento previo de aquellos requisitos. Violados estos requisitos el empleador se hace, o puede hacerse, pasible de una sanción pecuniaria, por su hacer contrario a derecho.

Especial interés reviste el artículo 5° de la ley 17294, ya que el mismo caracteriza las situaciones o hechos y actitudes de los empleadores, de dar o celebrar convenios de trabajo con extranjeros no habilitados para ello, que pueden originar su responsabilidad y derivarse en sanciones de tipo pecuniarias: multas, que se aplican en un proceso de tipo penal administrativo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY 17294

Analizando dicho artículo, que dice: "Los empleadores o dadores de trabajo que proporcionen empleo u ocupación o de cualquier modo contraten los servicios de un extranjero que resida en forma ilegal en el país o que en razón del carácter temporario de su residencia esté inhabilitado para desempeñar actividades remuneradas, serán sancionados por la Dirección Nacional de Migraciones, previo procedimiento sumario, con multa de veinticinco mil (m\$ 25.000) hasta quinientos mil pesos moneda nacional (m\$ 500.000) por cada infracción. Igual sanción deberá aplicarse a los que no cumplan con las disposiciones del artículo 3º. En los casos de reparticiones oficiales y empresas estatales se aplicarán a los directamente responsables las sanciones más severas previstas por sus respectivos estatutos". Encontramos en él dos supuestos o circunstancias fácticas, que configuran infracción a los efectos de la citada ley:

A) "Proporcionar empleo u ocupación".

Esta forma, incriminada por el artículo 5º como acto susceptible de sanción, tiene como objeto especificar o establecer un modo de obrar que crea consecuencias jurídicas.

En efecto, la ley establece como conducta censurable el hecho de "proporcionar..." Ello equivale a decir que la conducta pasible de incriminación legal es la que deriva de un simple actuar, cuyo resultado final, mediato e inmediato, es: dar u otorgar trabajo u ocupación.

Obsérvese que la ley, al tipificar la conducta relatada, comprende todos los supuestos posibles de la conducta o del hacer u obrar de una persona física, o jurídica, mediante la cual, el extranjero que no puede trabajar tenga la posibilidad de hacerlo.

"Proporcionar" significa en este caso, que el presunto infractor le dé o efectivamente le haya dado trabajo. Esto es, que el extranjero impedido esté trabajando o haya trabajado o, inclusive, que hayan existido los actos preparatorios para el trabajo, como, por ejemplo, que se encuentre en el establecimiento donde trabajará llenando la ficha de ingreso, una vez aceptado su ingreso. Este último supuesto, actos preparatorios, es y debe ser materia de análisis en cada caso individual, ya que se presta a interpretaciones jurídicas distintas y, por ende, consecuencias legales también distintas.

Corolario de lo expuesto en cuanto a la significación del término "proporcionen...", en la terminología de la ley 17294, es que al extranjero impedido se le haya dado o proporcionado trabajo, y haya trabajado o se encuentre trabajando.

B) "De cualquier modo contraten".

Este supuesto requiere un especial análisis, ya que la interpretación que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

término "contraten", empleado por la ley (art. 5º), puede tener diversas significaciones.

Así pues, en el campo normativo y doctrinario, e inclusive jurisprudencial del derecho del trabajo, el "contrato de trabajo" no queda perfeccionado y por ende no crea consecuencias jurídicas para los obligados al mismo hasta que no haya habido real o efectiva prestación de trabajo.

Esta tesis, aceptable en derecho del trabajo, no es aceptable en toda su extensión en la normativa migratoria. En efecto, el derecho del trabajo tiene carácter tuitivo, protector e inclusive se ha dicho, igualador de las diferencias existentes entre las dos partes contratantes (ver Krotoschin, Ernesto, Tratado práctico del derecho del trabajo, t. I, págs. 10 y sigts.). Por ello, las obligaciones del empleador y los derechos del trabajador, y también sus subsiguientes obligaciones, nacen recién cuando el trabajo efectivamente se ha comenzado, cuando realmente se ha prestado.

Ello implica decir que recién comienza la protección del empleado o trabajador cuando el trabajo realmente ha comenzado. Una vez perfeccionado el contrato de trabajo por la real y efectiva prestación del servicio, el empleado comienza a gozar de la protección legal, y, dentro de ella, una de las más importantes, la estabilidad en el trabajo, esto es, la imposibilidad de producir la ruptura del contrato de trabajo sin que exista causa suficiente y eficiente para la ley laboral, ya que en caso de así producirse sin causa, el empleador se hará pasible del pago de las indemnizaciones que la misma ley laboral prevé.

Como se ve claramente, a los efectos tuitivos de la ley laboral, resulta evidente que el contrato de trabajo recién se perfecciona y surte esos efectos con la real dación y subsiguiente prestación de trabajo.

C) En el campo del derecho civil .

La significación atribuible a ese término - contraten - es mucho más amplia. Podemos diferenciar dos etapas en cuanto a la formación del contrato y, a su vez, diferenciar entre la "formación o perfeccionamiento" del contrato y los "efectos" del mismo.

1º) En cuanto a la formación o perfeccionamiento:

a) El contrato formado por la voluntad concurrente expresada en un mismo acto: en este supuesto ambas partes contratantes, de común acuerdo y generalmente por escrito, en un solo acto y simultáneamente, expresan su voluntad de contratar y así lo hacen (arts. 1137, 1144 y concordantes del Cód. Civil). En este caso el contrato se ha perfeccionado en una sola etapa o acto.

b) Formación y perfeccionamiento del contrato en dos etapas. En este supuesto una de las partes exterioriza su voluntad de celebrar determinado acto jurídico - oferta - y en otro momento y mediante un acto idóneo la otra parte exterioriza su voluntad de aceptarlo. Cuando ello se produce, el contrato ha quedado formalizado, mediante el acuerdo de voluntades exteriorizadas en dos actos separados, que pueden realizarse en distinto tiempo, inclusive en distinto lugar (arts. 1147, 1148 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concordantes del Cód. Civil).

2º) Efectos del contrato:

Una vez que el contrato se ha perfeccionado, por exteriorización del acuerdo de voluntades por ambas partes, formuladas por actos idóneos a tales fines, se verifica el proceso del cumplimiento o no del objeto del contrato. Es decir, verificarse los "efectos" del contrato, para determinar en caso de cumplimiento si el mismo se ha logrado en su plenitud o parcialmente, o solamente por una de las partes, etc.

En caso de incumplimiento parcial o total del contrato deben determinarse las responsabilidades y obligaciones subsiguientes por el incumplidor.

Este análisis de los "efectos" del contrato, solamente afectan a las partes contratantes, ya que el contrato no puede afectar los derechos de terceros no participantes.

D) Análisis en la normativa migratoria.

Debemos comenzar por señalar que en la normativa migratoria, especialmente en la incriminación que hace el artículo 5º, al que ya nos venimos refiriendo, el problema se plantea desde otro punto de vista o ángulo jurídico.

1º) En efecto, en nuestra legislación migratoria y a los efectos de la ley 17294, poco importan los "efectos" del contrato y las obligaciones asumidas entre los contratantes. Lo que sí interesa considerar es si ha existido "contrato" de "cualquier modo" a los fines migratorios, o se haya proporcionado empleo u ocupación (al extranjero).

Para ello, debemos aceptar que aun cuando se trate de un simple "compromiso de trabajo", que son los que generalmente se presentan al análisis, dichos "compromisos de trabajo" son acuerdos que se realizan entre quién será "empleador o proporcionador de trabajo u ocupación" y que al ser presentados por el presunto destinatario ante una autoridad - en la especie ante la migratoria - implica que el destinatario de la oferta la ha aceptado (conforme arts. 1137, 1144 y 1146 y concordantes del Cód. Civil). De esta manera puédesse afirmar que a los efectos de la ley migratoria la alocución: "que de cualquier modo contraten los servicios de un extranjero..." implica que a estos efectos el contrato se ha perfeccionado por un acuerdo de las partes.

De lo expuesto surge como corolario, que los "compromisos" de trabajo que se presentan exteriorizándolos, son actos jurídicos que para el dador de trabajo u ocupación crean consecuencias a la luz de lo dispuesto por el artículo 5º de la ley; esto es, pueden configurar una conducta sancionable.

2º) A estos efectos, de verificar en los términos de la ley migratoria si ha existido "contrato", debemos remitirnos, en principio, a la ley civil y, en especial, a lo normado por los artículos 1137, 1140 y concordantes del Código Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para el artículo 1137 del Código Civil habrá "contrato" cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Conforme el artículo 1140, los contratos pueden ser consensuales o reales, y, a los efectos de nuestro estudio, debemos descartar los contratos reales, ya que ellos deben llevar como consecuencia la tradición (o entrega) de la cosa sobre la que versa el contrato.

El tipo de acuerdo (o contrato) que nos ocupa, evidentemente es consensual, ya que no versa sobre ningún derecho real, no transmite la propiedad o posesión o usufructo de algún bien mueble o inmueble o mueble registrable, sino que centra su objeto en el cumplimiento de hechos o la realización de actos. Por ello el contrato a que nos venimos refiriendo es un contrato consensual.

Si el contrato es consensual, queda concluido para producir sus efectos desde que las partes hubieren manifestado recíprocamente su consentimiento.

El dador de trabajo expresa su consentimiento al otorgar el documento mediante el cual exterioriza su voluntad de dar trabajo. Puede ser en determinadas condiciones: sujeto a precio, por período determinado, etcétera, o no.

El otro contratante exterioriza su voluntad y consentimiento cuando acepta el contrato que se le ha ofrecido y lo presenta en prueba justamente de que ha existido ese consentimiento.

En efecto, conforme con el artículo 1146 del Código Civil, el consentimiento puede ser expreso o tácito. Resulta expreso, conforme dicha norma, cuando se manifiesta por escrito, verbalmente, o por signos inequívocos. No existe duda de que una manifestación del consentimiento por medio de signos inequívocos es la presentación del documento otorgado por el oferente del trabajo, ante una autoridad, exteriorizando de esta manera su existencia y su voluntad de aceptarlo. La presentación de tal documento, pues, reviste el carácter de signo inequívoco exteriorizador del consentimiento en los términos del artículo 1146 del Código Civil.

3º) Sentado lo que antecede debemos señalar que no hemos omitido la consideración de la norma contenida en el artículo 1164 del Código Civil, que a primera vista parecería tener vinculación directa con el problema, pero ello no es así, ya que se trata de una forma especial de perfeccionamiento de los contratos, cuando los mismos se celebran por correspondencia. En este caso se trata de una oferta que es enviada por uno de los contratantes a un posible contratante, y si éste la acepta y lo notifica fehacientemente al primero, recién entonces el contrato se ha perfeccionado. Pero volvemos a insistir que la norma contenida en el artículo 1154 del Código Civil, que establece cuándo debe considerarse perfeccionado el contrato (cuando la aceptación de la oferta se ha mandado al proponente), solamente juega en la esfera del derecho civil, para establecer las obligaciones de las partes por deficiente cumplimiento de las partes o su incumplimiento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A los fines de la normativa migratoria, el acuerdo celebrado, mediante los "compromisos de trabajo", configura uno de los supuestos del artículo 5° de la ley 17294 (que de cualquier forma contraten...), y por lo tanto, susceptible de sanción.

E) Modalidades del "compromiso" o "contrato".

Sin perjuicio de las afirmaciones que anteceden, debemos distinguir ciertas modalidades dentro de esos "contratos" o "compromisos" de trabajo u ocupación.

1º) El contrato de trabajo o compromiso de trabajo u ocupación celebrado entre el dador y beneficiario del trabajo, aun durante el tiempo de permanencia legal del extranjero (siempre con referencia al extranjero que no puede trabajar legalmente), configurará infracción, ya que el empleador o dador de trabajo no puede contratar de "ningún o cualquier modo" con un extranjero que se encuentra legalmente imposibilitado de hacerlo.

Vale ello decir que el empleador no puede dar trabajo ni ocupación, ni ofrecerlo, ni "comprometerse" a riesgo de su aceptación con un extranjero que reside ilegalmente en la República o que en razón del carácter temporario de su residencia esté inhabilitado para desempeñar actividades remuneradas.

2º) El contrato de trabajo celebrado entre un empleador residente en la República y un extranjero residente en el exterior:

Este tipo de contratos de trabajo u ofertas de trabajo, aun cuando se perfeccionen por correspondencia, no resultaría punible para la ley argentina, y destacamos que no resultaría punible el solo hecho de "contratar" u "ofertar" trabajo u ocupación, con prescindencia de su subsiguiente aceptación.

Distinto sería el caso de que a ese contrato se le pretendiera hacer surtir efectos en la República, cuando el extranjero resultara inhábil para ello. En este caso la dación efectiva de trabajo, o la prestación del mismo, sí resultaría infracción punible.

3º) Contratos celebrados durante la habilidad del extranjero y que se mantienen después de tornarse inhábil el extranjero:

En estos supuestos, cuando el extranjero es hábil para trabajar, por ejemplo: el hecho de haber sido admitido como "residente temporario" con facultad de trabajar, el contrato o compromiso de trabajo u ocupación y la prestación real y efectiva del mismo, no configura infracción para el empleador o dador del mismo.

Pero en este supuesto, si una vez vencido el plazo de permanencia autorizado, el extranjero deviene inhábil y el trabajo se mantiene o continúa, el empleador podrá ser inculpado por violación al artículo 5° de la ley.

4º) Contratos celebrados con extranjero no habilitado, para surtir efectos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con posterioridad:

En este supuesto, y aun cuando el contrato se subordine en cuanto a sus efectos, a que el extranjero devenga hábil, o que la autoridad migratoria lo autorice, como ya hemos expuesto, el empleador o dador de trabajo podría ser sancionado, ya que la ley contempla. además de la real dación o prestación del trabajo, el hecho "de contratar de cualquier forma o modo" con extranjero inhábil.

5º) Aun en los supuestos en que el contrato (u oferta de trabajo) tenga una cláusula suspensiva, como, por ejemplo: "... de no dárselo hasta tanto la autoridad migratoria lo autorice, o hasta que obtenga su radicación definitiva en la República" u ctra similar, la posible infracción se habría configurado, ya que en este caso el contrato, que ha partido de la declaración unilateral del otorgante, se ha perfeccionado con la aceptación - expresa o tácita -, y sólo difiere los efectos del contrato hasta que sea autorizado. Ello implica que el contrato existe. Es que dicho contrato solamente comenzará a tener efectos más adelante o cuando se cumpla la condición a que se ha sometido, pero en esencia se ha contratado de "cualquier modo" los servicios de un extranjero. En esta hipótesis cabe también la posibilidad de la sanción.

CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) que la ley 17294 debe ser considerada a la luz de la normativa constitucional, como aquella que reglamenta, válidamente, el ejercicio del derecho de trabajar de los extranjeros;
- b) que solamente pueden trabajar válidamente en la República los extranjeros que hayan sido admitidos para residir como "inmigrantes" o "residentes permanentes";
- c) de los extranjeros que han sido admitidos para residir como "temporarios", sólo pueden trabajar válidamente aquellos que expresamente estén autorizados para hacerlo, ya sea por la especial subcategoría migratoria en que estén comprendidos - "temporarios" propiamente dicho (art. 30 del "Reglamento de Migración", aprobado por decreto 4418/ 66) - o por decisión expresa de la autoridad migratoria federal;
- d) que los extranjeros "temporarios" sólo válidamente pueden trabajar mientras su autorización de permanencia en la República esté vigente;
- e) que los extranjeros que han sido admitidos y permanecen en la República en ciertas categorías migratorias que implican temporariedad y que la admisión se ha producido a especiales efectos, como por ejemplo: los "turistas", los "pasajeros en tránsito", etc., no pueden válidamente trabajar;
- f) que la prohibición que deriva de la ley, comprende no solamente el trabajo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

in genere, sino desarrollar tareas o actividades remuneradas, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia;

g) que toda persona, ya sea de existencia ideal o de existencia visible (art. 33 del Cód. Civil), se encuentra obligada antes de dar trabajo o contratar de cualquier modo los servicios de un extranjero, a verificar si el mismo está habilitado para trabajar;

h) que entre los obligados, de acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior, se encuentra el Estado nacional, los estados provinciales y las municipalidades, así como las reparticiones oficiales y empresas estatales (art. 5º, último párrafo y art. 2º de la ley 17294);

i) que las personas de existencia ideal y las de existencia visible, con excepción de las mencionadas en el párrafo h), pueden ser sancionadas con sanción de multa que puede ser de \$ 250 hasta \$ 5.000 por cada infracción, graduándose la multa de acuerdo con los antecedentes del infractor;

j) que en caso de infracción por parte de los citados en el párrafo h), la sanción a aplicarse a sus responsables por las infracciones a las disposiciones de la ley serán las más severas que prevean sus respectivos estatutos;

k) que cualquier persona, ya sea de existencia visible o de existencia ideal, que proporcione trabajo a un extranjero que resulte inhábil para hacerlo, o de cualquier forma o modo contrate sus servicios, puede ser sancionada por la autoridad migratoria federal;

1) que la violación a la prohibición de trabajar que tienen los extranjeros que han sido admitidos en el país en determinadas categorías de residencia precaria puede implicar para los mismos la cancelación de esa permanencia en la República y que sean conminados para hacer abandono del país, o que directamente se decrete su expulsión por la autoridad migratoria nacional.