**LA CAPACIDAD DEL MENOR QUE TRABAJA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO Y SU DISFUNCIONALIDAD CON LAS NORMAS QUE PROHÍBEN EL TRABAJO INFANTIL Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE**

**Revista: Revista de Derecho Laboral
Tomo: 2015 - 2. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - I.**

Autor:

[Favier, Daniela](http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=doctrina&c=doctrina&a=detalle_autor&id=2047)

Cita:

RC D 1003/2017

Indice:

* 1. Breve repaso de conceptos conocidos
* 2. La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado
* 3. Diferencias entre los dos Códigos
* 4. El menor de edad con título habilitante del artículo 30 y el menor de 16 años del artículo 681 del CCyCU
* 5. La disfuncionalidad de la capacidad del menor que trabaja con las normas que prohíben el trabajo infantil y protegen el trabajo de los adolescentes
* 6. Reflexiones finales

Ver texto completo

**LA CAPACIDAD DEL MENOR QUE TRABAJA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO Y SU DISFUNCIONALIDAD CON LAS NORMAS QUE PROHÍBEN EL TRABAJO INFANTIL Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE [1]**

**1. Breve repaso de conceptos conocidos**

Cabe recordar, previo a adentrarme específicamente al tema objeto de la presente ponencia, algunos conceptos referidos a la capacidad.
La capacidad, como todos sabemos, es un atributo de la persona humana junto con otros atributos como el nombre, el domicilio, el estado y el patrimonio.
Podemos conceptualizar a la capacidad como aquella aptitud que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones por un lado, y por el otro es la aptitud de ejercer por sí misma los derechos de los que es titular.
Es decir se trata de una aptitud de doble vía (titular de derecho y de ejercicio).
La capacidad de derecho, es decir la referida a la aptitud de ser titular de derecho, siempre es relativa por cuanto de ser absoluta estaríamos en presencia de un muerto civil; la razón de ser de tal limitación es por encontrarse involucrado el orden público.
En cambio la capacidad de hecho puede ser absoluta o relativa; la finalidad que persigue es la protección del incapaz.
A los que carecen de tal aptitud se los llama incapaces y en el Código Civil se encuentran en los artículos 54 y 55.
En el artículo 54 se enumeran los incapaces absolutos (la persona por nacer, los menores impúberes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los dementes declarados en juicio), y en el artículo 55 los incapaces relativos, como ser los menores adultos (de 14 a 18 años), los que tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan.
La incapacidad cesa cuando desaparece el motivo que la provocó o la rehabilitación de la persona, en el caso de la incapacidad absoluta y por la mayoría de edad o la emancipación por matrimonio en el caso de la incapacidad relativa.

**2. La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado**

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado (CCyCU) trata el tema de la capacidad en los artículos que van desde el 22 al 55.
Contempla expresamente la capacidad de derecho y la de ejercicio (de hecho o de obrar), en los artículos 22 y 23, que introduce una norma expresa sobre la capacidad de ejercicio.
También contempla las limitaciones a la capacidad al reconocer que la de derecho es siempre relativa y en cambio la de ejercicio puede sufrir limitaciones, restricciones que emanan de la ley (art. 24, CCyCU), en otras leyes especiales o mediante sentencia judicial (arts. 38 y 49, CCyCU).
Ello se condice con lo que dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señala que la capacidad de hecho significa que la persona puede ejercer en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como también asumir las obligaciones jurídicas y realizar actos de naturaleza personal o patrimonial [2].
Resulta claro que la capacidad es la regla (art. 31, inc. a, CCyCU) y sus limitaciones sólo son posibles o se justifican en interés de la persona de que se trate (art. 31, inc. b, CCyCU), limitaciones que deberán cumplir estándares de razonabilidad, proporcionalidad, además de ser adecuadas y necesarias con miras a la finalidad protectoria pretendida.
La capacidad en el nuevo cuerpo legal se aparta de los compartimentos estancos en razón de franjas etarias fijas y prefijadas previstas hasta el momento (los menores impúberes de 14 años y los menores adultos desde esa edad hasta los 18 años) y se enrola en la capacidad progresiva, por lo que las pautas a considerar a lo largo de la temática van a estar vinculadas con la edad y el grado de madurez o madurez suficiente.
En el artículo 25 del CCyCU se refiere al "menor de edad y adolescente", cabe recordar que en virtud de la ley 26.679 la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. Antes de la reforma de la mentada ley, la mayoría de edad se adquiría a los 21 años por imperio de la ley 17.711, que a su vez modificó el Código de Vélez que la fijaba a los 22 años.
Se consideran mayores de edad los que han cumplido los 18 años (conforme la ley 26.679 que modificó el art. 126). Quienes no habían alcanzado esa edad, a su vez, son clasificados en dos franjas etarias diferenciadas: los menores impúberes y los menores adultos según si estamos en presencia de menores de 14 años o mayores de 14 años hasta los 18 años cumplidos (art. 127).

**3. Diferencias entre los dos Códigos**

El nuevo Código trata en el artículo 24 a los incapaces de ejercicio, como lo hace el artículo 54 del Código Civil, con algunos matices que se podrían sintetizar de la siguiente manera:
Ha dejado de lado la clasificación de incapacidad de hecho relativa y absoluta; la categoría de menor impúber considerado incapaz absoluto, menor adulto (incapaz relativo), demente (incapaz absoluto) y sordomudo (incapaz absoluto) y tiende a propiciar que las limitaciones provengan de sentencias judiciales que establezcan en cada caso particular la limitación a la capacidad de la persona conforme a su circunstancia personal y con la intencionalidad de que sea lo menos limitante posible.
Como adelanté la nueva normativa se aparta de los compartimentos estancos que las edades imponen hasta hoy para pasar a considerar la situación de madurez que el menor tenga, los que tienen capacidad restringida e inhabilitados, los que siguen siendo capaces como regla aunque limitados en el ejercicio para determinados actos debidamente determinados.
En consecuencia aparecen en escena los representantes legales, los que estarán bajo el régimen de asistencia o con la implementación de sistemas de apoyo para tomar decisiones.

**4. El menor de edad con título habilitante del artículo 30 y el menor de 16 años del artículo 681 del CCyCU**

Hecho este breve repaso, cabe adentrarse en el artículo 30 del CCyCU, que se titula *Persona menor de edad con título profesional habilitante*.
El texto dice: "La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella".
La norma reproduce prácticamente el texto del artículo 128 del Código Civil en la redacción de la ley 26.579.
Del texto transcripto se desprende que lo que determina la posibilidad de ejercer la profesión o actividad está dado exclusivamente por la obtención de un título que lo habilite a tales actividades o labores y no por la edad que el menor tenga ni la autorización que los padres puedan dar justamente porque no se necesita.
La obtención del título habilitante no sólo lo habilita a desempeñarse sin más requisitos sino también le permite al menor administrar y disponer de los bienes que adquiera como consecuencia del trabajo desplegado, permitiéndole también estar en juicio civil o penal.
Me detengo para hacer la siguiente observación: nótese que no se hace referencia a estar en juicio laboral, al parecer ello es porque deja fuera lo atinente al trabajo en relación de dependencia, como si sólo se estuviera refiriendo a un ejercicio autónomo o por cuenta propia la profesión o actividad habilitante.
Esta norma bondadosa o pretensiosa encuentra un escollo importante y es el texto del artículo 681 del CCyCU.
Veamos el texto: "El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales".
De su lectura surge que el menor de 16 años necesita indefectiblemente autorización de los padres para ejercer oficio, profesión o industria.
En consecuencia se produce una discordancia entre las dos normas tratadas, por cuanto el artículo 30 del CCyCU tiene como elemento determinante para que se cumpla el presupuesto de la norma el hecho de haber obtenido título, en cambio en el supuesto del artículo 681 el elemento determinante es la autorización de los padres.
Podemos afirmar que se presentaría -en principio- una disyuntiva como consecuencia de la contraposición de ambos artículos (arts. 30 y 681, CCyCU) porque si el artículo 681 se refiere sólo al hecho de tener menos de 16 años sin distinguir si tiene o no título que lo habilite para alguna actividad, implicaría que el menor de esa edad que obtiene un título debería igualmente solicitar autorización de los progenitores, lo que sería un contrasentido con el texto del artículo 30, norma que lo único que exige para que ese menor trabaje sin autorización de sus padres es -justamente- el hecho de la obtención de la mencionada habilitación.
O podríamos considerar que el artículo 681 sólo se refiere a los que no tienen título habilitante ya que los que lo han obtenido quedan regidos por lo dispuesto en el artículo 30, esta última situación se daría como elemento determinante para trabajar sin autorización, el hecho de tener título profesional o habilitante.
Pero el tema presenta un escollo mayor que se verá a continuación.

**5. La disfuncionalidad de la capacidad del menor que trabaja con las normas que prohíben el trabajo infantil y protegen el trabajo de los adolescentes**

La posibilidad de ingresar al mundo del trabajo bajo el amparo de las normas anteriores sólo sería -en principio- posible desde una actividad autónoma o por cuenta propia, sin ser ingenuos de que también se puede ser víctima del fraude laboral y por ello escapar de las normas protectorias a través del Código Civil que le daría cierta legalidad a lo que en el fondo no es más que una relación de dependencia encubierta o fraudulenta, le sucede a los adultos con más razón le puede suceder a los menores.
Ahora bien, la LCT se presenta como un escollo más, ya que fija una edad mínima de 16 años para ingresar al mundo del trabajo en relación de dependencia y así lo señala el propio artículo 32 de la misma modificado por la ley 26.390, es decir, a partir de esa edad se obtiene la capacidad para celebrar contrato de trabajo, requiriéndose -además- autorización de los padres, responsables o tutores y sin hacer distinción de si tiene título habilitante o no.
Presumiendo tal autorización si el menor vive en forma independiente.
Este menor encontraría un marco de protección que no tienen los que se lancen al mundo del trabajo desde las normas del Código Civil.
Ese mismo menor no podría ser contratado en relación de dependencia por cuanto para el trabajo en relación de dependencia no se puede tener menos de 16 años, toda vez que rige la prohibición del trabajo infantil dispuesta por la ley 26.390, en concordancia con el Convenio 138/73 de la OIT (ratificado por ley 24.650) sobre la edad mínima de admisión en el empleo.
Finalmente la compatibilidad de las normas tanto de las civiles entre sí o de éstas con la LCT ya no es posible cuando analizamos lo siguiente: el CCyCU debió tener presente y armonizar con lo dispuesto por la Ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, que en su artículo 2° dice claramente: "...Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no.
"Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en el segundo párrafo, se considerará a ese solo efecto modificada por esta norma.
"La inspección del trabajo deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición".
Este texto claro y preciso deja ver que las normas del CCyCU se contraponen expresamente con su texto, por lo que la norma que prevalece es la que dispone la prohibición (norma de orden público, anterior y específica de la materia), impedimento que no puede ser subsanado por más que los padres den autorización, porque la norma es clara cuando dice que se prohíbe la contratación en cualquier forma o naturaleza.
Prohibición que no puede perjudicar al menor, pero sí traerá consecuencias para los adultos.
En definitiva, tal prohibición legal deja sin operatividad alguna el artículo 681 del CCyCU (nació muerto) y limita el artículo 30 a que respete la edad mínima (16 años) sin que el título habilitante pueda reemplazar o suplir el requisito de la edad mínima.
Cabe recordar que los Convenios Internacionales de la OIT 138 y 182, ratificados por la Argentina, conllevan obligaciones que deben traducirse en medidas concretas por parte del Estado, siendo evidente que parte de esas medidas debe ser la promulgación de leyes que acompañen estos compromisos en forma efectiva y clara.
Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.), establece, en su artículo 32, apartado 1: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que puede ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social".
Así también, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes tiene por objeto garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes que se encuentren en suelo argentino, haciendo hincapié en el niño como sujeto de derechos.
Dicha ley establece en su artículo 25: "Los Organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo". Asimismo, establece que el Estado debe garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconoce su derecho a trabajar con las restricciones que impone la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes.

**6. Reflexiones finales**

El tema del trabajo infantil no es un juego de niños. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) considera la problemática del trabajo infantil en su artículo 32 diciendo: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que puede ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social".
La Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (Conaeti), máximo organismo a nivel nacional de lucha contra el trabajo infantil, define al trabajo infantil como "toda actividad económica o estratégica de supervivencia, remunerada o no, realizada por niños y niñas por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo o que no han finalizado la escolaridad obligatoria o que no han cumplido los 18 años si se trata de trabajo peligroso".
Es una temática delicada que hay que repensar y analizar a la luz de normas protectorias de la infancia y la adolescencia, toda vez que lo que está en juego es el propio destino del menor como adulto, que puede quedar sellado de manera negativa si luego de una mala experiencia laboral (sea cual fuere la naturaleza de la contratación) queda con secuelas limitantes por la deserción escolar o minusvalías físicas o psíquicas permanentes que modificarán de manera definitiva todo su proyecto de vida, haciendo más dificultoso enfrentar los avatares externos de la vida si no cuenta con herramientas personales adecuadas o las mismas se encuentran dañadas.
Surge evidente, por lo que no requiere prueba, que un niño que trabaja no tiene las mismas oportunidades que uno que sólo se dedica a educarse, si el niño que trabaja estudia, seguramente su rendimiento no será el mismo, el cansancio y la carga horaria incidirán en su desempeño y más aún si a ello le sumamos la mala alimentación.
Descontado también que incidirá en su desempeño la falta de tiempo para estudiar las evaluaciones o para completar trabajos e iniciativas propuestas por el profesor.
A modo de disparador, pensemos en los limpiavidrios, vendedores callejeros, modelaje, publicidad, expresiones artísticas que se transforman en arduos trabajos como la danza, la música, y la exposición que ello significa de la persona del menor; también trabajos en el campo (agricultura, caña de azúcar, hornos de ladrillos, etc.).
También se suma al análisis que en el año 2013 se sancionó la ley 26.847, que penaliza el trabajo infantil, incorporándose el artículo 148 bis al Código Penal, que dice: "Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta".
No se puede escapar del análisis que las normas cuestionadas permiten a un menor por debajo de los 16 años ingresar en el ámbito de la actividad lucrativa, sea por el título que obtiene o por la autorización expresa, sin mediar medidas protectorias toda vez que no es ilógico ni extraño, la existencia del fraude a la hora de la contratación, sucede con los mayores de edad e incluso profesionales que son contratados bajo ropajes de locaciones de servicios, al margen de la seguridad social, que luego terminan siendo verdaderos contratos de trabajos encubiertos y que surgen a la luz -lamentablemente- en muchos casos por que el trabajador se ha accidentado y como consecuencia del infortunio se encuentra incapacitado o inclusive ha encontrado la muerte y no hay seguro ni prestaciones contratadas que lo cubran.
Comenzando allí un largo camino, mientras la minusvalía incide gravemente en la salud del trabajador por la falta de atención a tiempo en muchos casos o el peregrinar de los derechohabientes -en el caso de fallecimiento- para el reconocimiento de la relación laboral encubierta bajo otro ropaje y de allí obtener las prestaciones e indemnizaciones correspondientes a la verdadera situación.
Sería toda una ingenuidad creer que esto no podría darse con chicos que tengan menos de 16 años, pertenecientes a grupos vulnerables de la sociedad, sea por la situación socioeconómica, sea por la discapacidad, o simplemente por su inexperiencia o minoridad, etcétera, los cuales se encuentren apremiados a aceptar esta posibilidad (sin medir consecuencias, ni seguridades) por ser quienes aportan o colaboran con el grupo familiar o porque son empujados por los mayores, etcétera.
Es necesario recordar la hiposuficiencia que existe en la relación de trabajo: "...la verdadera causa de la relación laboral es la posición de menores posibilidades económicas y técnicas en que se encuentra el pretensor de empleo en una sociedad conflictiva y signada por la competencia, muchas veces dura...", y se agrega que "...Esta visión integradora demuestra la falacia de que la raíz de la relación de empleo es la libre voluntad del empleador y del trabajador, como dos contratantes en igualdad de condiciones..." [3]
La interpretación que propongo no quiere significar que no esté de acuerdo con la mayor participación del menor en todo lo que haga a su persona, porque es parte del aprendizaje comprometerse, pero ello no desobliga o hace menos responsables a los adultos frente a ese menor que crece y aprende; esto no se modifica, lo que se ha dado es mayor espacio a ese menor, pero que ese mayor espacio dado no quite responsabilidades a los adultos ni al propio Estado que han asumido responsabilidades concretas frente a ese menor.

|  |  |
| --- | --- |
| **1** | Ponencia galardonada con el premio "Américo Plá Rodríguez", a la originalidad con mención especial, en las XIV Jornadas del Centro de la República, VII Premios Ponencias en Derecho del Trabajo, Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba, los días 28 y 29 de mayo de 2015, UNC.  |
| **2** | CIDH y capacidad, OC 17 del 28-8-2002, Serie A, N° 17, párrafo 41.  |
| **3** | CAPÓN FILAS, Rodolfo, 2014:867. |