

LUCHA CONTRA EL FRAUDE LABORAL MEDIANTE SIMULACIÓN DE COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

Alberto García Müller¹

Este documento analiza: qué tipo de fraude laboral se combate; cuáles son las autoridades públicas que pueden involucrarse; qué medidas pueden adoptarse para prevenir el fraude; qué correctivos y sanciones pueden aplicarse; y cómo debería actuar la Administración
Palabras clave: fraude; laboral; empresa; ente; usuaria; intermediación; tercerización

AMBITO MATERIAL

El ámbito tiene que ver con el contenido de la acción; hacia qué se dirigen las actividades de prevención y de sanción del fraude laboral, que puede ser: amplio, laboral, cometido por empresas a través de CTA's, por simuladas CTA's y el fraude cooperativo.

El fraude en sentido amplio

Se combate -en forma coordinada, conjunta y simultánea- el fraude que generalmente es al mismo tiempo laboral, tributario y a la seguridad social, ya que el mismo lesiona los derechos de los trabajadores, distorsiona la actividad económica, provoca competencia desleal entre las empresas situando en desventaja a las que cumplen correctamente con sus obligaciones, perjudica a los contribuyentes cumplidores con sus obligaciones fiscales y ataca a la generalidad, equidad y justicia de la seguridad social, comprometiendo el futuro de la familia de los trabajadores en lo que se ha llamado el “holocausto silencioso”.

El fraude laboral

La lucha se dirige solo contra el fraude cometido con ocasión del trabajo con lo que se pretende preservar el empleo pleno, decente, productivo y libremente elegido, según la terminología actual de la OIT² (Resolución de 2.010), e incluye:

- El trabajo informal, irregular o sumergido, entendido como “toda actividad económica realizada por el trabajador y una unidad económica que – por la ley o en la práctica – no está cubierto, o está insuficientemente cubierto por un arreglo formal.” O, aquellas actividades productivas legales que son deliberadamente ocultadas a las autoridades con el fin de eludir tanto el pago de impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social como el cumplimiento de la normativa laboral (Dirección, 2011).
- El trabajo no declarado (subterráneo u oculto, clandestino, en “negro” o generalmente trabajo ilegal; tipos de trabajo cuyas actividades están cubiertas por las leyes laborales pero que no cumplen con sus requisitos administrativos);
- La relación de trabajo encubierta, entendiéndose por tal cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica.

¹ Con la colaboración de Alfredo Moirano

² Organización Internacional del Trabajo

Fraude laboral cometido por empresas a través de CTA's³.

Como recomienda la OIT se debe canalizar los esfuerzos más hacia los entes públicos y empresas lucrativas que dolosamente crean y contratan con simuladas CTA's de prestación de servicios personales para hacer intermediación ilegal de mano de obra barata, en detrimento de los derechos y beneficios laborales, así como de la seguridad social de los trabajadores, lo que es denominado, también, trabajo *independiente colectivo falso*.

Las actividades de control se realizan mediante la planificación y la ejecución de visitas para detectar la existencia de relación laboral entre la usuaria y los pseudo cooperativistas; relación que se produce, entre otros, al integrar al trabajador en una organización colectiva empresarial que fiscaliza y orienta el trabajo, al establecer subordinación puesto que la empresa hace la gestión del trabajo (determina el modo, tiempo y forma en que el trabajo debe ser realizado) y tiene un grado de especialización equivalente a la del contratante.

Fraude por simuladas CTA's

Sobre todo en Latinoamérica, hay la tendencia a dirigirse no contra la empresa usuaria que dolosamente creó la falsa cooperativa (“fantasma”), sino sólo contra las CTA's que, en definitiva, no son más que instrumentos simulados de la empresa usuaria, creados y usados con la intención de cometer fraude laboral, haciendo intermediación ilegal, aprovechando la necesidad de trabajar “a como sea” de asalariados que hacen fungir como asociados.

El fraude cooperativo

Desde el punto de vista del derecho cooperativo, este fraude tiene mayor importancia que los otros señalados, porque causa al movimiento cooperativo un daño que este no merece. Se produce cuando, utilizando la formalidad de una cooperativa de trabajo asociado, se sorprende en su buena fe a los supuestos asociados quienes, en realidad, no solamente no son dueños de la empresa de propiedad colectiva –lo cual es, por definición, una cooperativa genuina– sino que además, están trabajando para un empleador del derecho común (el supuesto consejo de administración). O se utiliza la cooperativa para prestar la mano de obra de sus asociados a terceros, en los casos no autorizados por la normativa aplicable (Alfredo Moirano).

O, también, el uso disfuncional de CTA's por parte de entes públicos involucrados en la realización de programas de empleo transitorio, dando lugar a situaciones en que la genuina naturaleza cooperativa queda gravemente afectada (Cracogna, 2010).

La tercerización

Es de aclarar que no se trata de sancionar la tercerización laboral que, de por sí es una figura contractual lícita a ser prestada por empresas especializadas, dentro de las cuales es perfectamente viable que lo hagan auténticas CTA's. Es más, aunque muchos dirigentes sostienen que la tercerización es un instrumento que perjudica a los trabajadores, una adecuada reglamentación de ella apunta precisamente a lo contrario, pues busca la inclusión dentro del empleo formal (en blanco), de todos aquellos trabajadores que se desempeñan en tareas complementarias o suplementarias, permanentes o temporarias (Ruiz, sf).

³ Cooperativas de Trabajo Asociado

La tercerización es una forma de gestión empresarial, una técnica de administración y no de gestión de personal. La tarea es realizada por cuenta del tercero, o sea, autónomamente. Se trata de una actividad-medio y no actividad-fin, la que sería ilícita. La empresa conserva las actividades centrales: el control de ejecución y las actividades administrativas, las que están insertadas umbilicalmente en las actividades centrales; y traspassa a empresas especializadas actividades accesorias o periféricas, para su mejor realización, mejorando su producto.

La dificultad reside en llegar a conceptos definitivos capaces de diferenciar entre actividad-fin y actividad-medio. Puede decirse que la actividad-fin es aquella ligada directamente a la finalidad que se propone la empresa, y actividad-medio es toda aquella que no se dirige propiamente a las actividades esenciales de la empresa. Son tareas de apoyo, como camino para alcanzar la actividad final (Martins 2003, en Da Silva, 2005).

Más precisamente, tercerizar consiste en la contratación por la empresa de servicios que serán realizados por otras empresas especializadas en aquellas actividades que ejecutarían con mayor perfección y calidad que la tomadora, interesándose esta última solamente en el resultado de los servicios ofrecidos (Pereira, en Lacerda, 2002).

El Ministerio de Trabajo de Brasil considera cuatro hipótesis de tercerización lícita: 1) trabajo temporario⁴; 2) actividades de vigilancia; 3) actividades de conservación y limpieza; y, 4) servicios especializados, relacionados con actividades-medio o complementarias de la empresa tomadora.

Además, exige que cuando la tercerización se realice mediante una CTA, la misma se ajuste al principio de la doble calidad en sus asociados como tales y como trabajadores; respete el principio de la remuneración diferenciada; que no haya subordinación, empleados o dependientes, ni se trate de tareas temporarias; y que los asociados tengan el mismo nivel cultural (Moirano, 2010).

En algunos países lo peculiar es la responsabilidad extracontractual que adquieren los empresarios en determinados casos por las deudas del titular de la relación con el trabajador. Se trata, por lo general, de una responsabilidad secundaria circunscrita al caso de que el empresario titular no pueda satisfacer la deuda (Ojeda, 2010).

AUTORIDAD COMPETENTE

La Inspección del Trabajo

- Puede ser la inspección del trabajo en general como es el caso de España que otorga competencia a la Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social sobre las cooperativas en relación a su constitución y funcionamiento y el cumplimiento de las normas de orden social en relación a los socios trabajadores.

⁴ Necesidad transitoria de sustitución de personal regular y permanente de la empresa tomadora o crecimiento extraordinario del servicio

- O una inspección especial, en cuyo caso el control se hace por medio de secciones especializadas en el fraude laboral por medio de CTA's. Es el caso de Brasil con el Núcleo de combate a las cooperativas fraudulentas integrado por la Inspección del Trabajo y el Ministerio Público del Trabajo, o el caso de Argentina que reformó el Ministerio de Trabajo de manera que las labores de inspección pudiesen resultar efectivas (OIT, 2008).
- Combinada, como en el caso de Italia que en 1998 constituyó el Comité Nacional para la Formalización del Trabajo Irregular para crear una red institucional entre el gobierno central y las autoridades regionales y locales, con miras a conocer en mayor profundidad las características de la economía informal, y desarrollar políticas de formalización, alentando a los trabajadores y empleadores a estar al día con sus impuestos y luchar en contra del trabajo no declarado.

El Ministerio Público

EL Ministerio Público en general, o uno especializado en el Trabajo (caso de Brasil). En combinación con la Inspección del Trabajo, o por sí mismo, debe obtener los elementos probatorios seguros, convincentes y aptos para fundamentar demandas judiciales, mediante la acción pública por ante la justicia del trabajo, y, si fuese el caso, acciones de tipo penal.

La Autoridad de Aplicación Cooperativa

Puede ser centralizada nacionalmente o descentralizada, en cuyo caso la competencia corresponde a la Autoridad de Aplicación junto con las autoridades provinciales y, o locales, como el caso del INAES de la Argentina. O especializada: se crea, dentro de la autoridad de aplicación, un grupo dedicado al control de las CTA's.

Pudiese ser que las autoridades fiscal, laboral y, o de la seguridad social verifiquen la existencia del fraude laboral o de la evasión previsional, y lo denuncien a la Autoridad de Aplicación cooperativa para que inicie el sumario administrativo a la entidad, y aplique, de ser procedentes, las sanciones correspondientes.

El Plan nacional social (España, 2010)

Mención especial es el caso de España que tiene en ejecución un plan nacional de combate al fraude, que ha sido exitoso, y que contempla:

- La coordinación de las autoridades fiscal, de inspección laboral y de la seguridad social con los objetivos de disuasión y prevención del fraude, refuerzo de las actuaciones de investigación en profundidad, aprovechamiento de todas las fuentes de información del sector público y la mayor coordinación entre las agencias.
- Creación del grupo de análisis del fraude (observatorio) con funciones de actualización permanente del catálogo de conductas fraudulentas y de los perfiles de riesgo en los distintos sectores de actividad; establecimiento de protocolos de actuación, actuaciones intensivas y selectivas de control hacia los ámbitos económicos que presentan mayor riesgo de fraude; explotación extensiva e intensiva de las bases de datos; mejoras de gestión y cambios normativos.

- Incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales, laborales y de la seguridad social y la simplificación de los trámites administrativos (no se pretende imponer nuevas obligaciones a los ciudadanos).

MEDIDAS DE PREVENCIÓN

Cada vez se acepta más que la disuasión por sí sola no es suficiente y que se debería establecer una buena mezcla entre la prevención y la disuasión. Los nuevos miembros de la Unión Europea más bien han demostrado una preferencia por las medidas de detección y sanciones al incumplimiento de leyes sobre el trabajo no declarado. Lo que estos hechos revelan es que los países ya no dependen tanto de la disuasión y más bien están ampliando su respuesta de políticas para acomodar tanto “la zanahoria como el palo”.

A cargo de las entidades públicas de control:

- Distribución de la información y multiplicación de los agentes combatientes entre los abogados laboristas, auditores fiscales y jueces de trabajo.
- Sensibilización contra el fraude para reforzar la conciencia colectiva de rechazo. Informar del riesgo de ser sancionados, de los riesgos y costes asociados⁵, de las ventajas del trabajo declarado y del pago de impuestos.
- Mejoras en las actuaciones de información y de asistencia a las empresas, de manera de reducir costes indirectos asociados al cumplimiento de obligaciones; potenciar el uso de vías telemáticas para lograr mayor difusión, proximidad e inmediatez de los emprendedores.
- Emisión de certificaciones electrónicas de cumplimiento conjunto de obligaciones fiscales, laborales y de la seguridad social. En aquellos casos en que el resultado sea negativo, permitir que el solicitante claramente indique las razones por las que el certificado presenta tal carácter y se le dirija adecuadamente, para el caso que quiera regularizar su situación.
- Acuerdos de entendimiento y convenios de colaboración con asociaciones representativas de sectores empresariales, de la economía solidaria y otros agentes sociales y económicos.
El hecho es que los gobiernos reconocen que los interlocutores sociales deben involucrarse más activamente en las políticas sobre el trabajo no declarado ya que juegan un papel fundamental al respecto. Deben ser incorporados a la lucha de forma creciente colaborando con la administración, pasando del control auxiliar al delegado y llegando al autocontrol.
- Control de áreas de riesgo (conocer en profundidad las características principales que presentan las áreas de control) y la realización material de las operaciones de control.

⁵ Entre ellos, el “pasivo laboral virtual”, situación en las empresas contraen deudas laborales paulatinamente, sin percibir la proporción de los daños, que no son contabilizados en el momento, pero que se agregan a los costos del negocio cuando son cobrados en juicio (Fernández, 2005).

- Establecimiento de un sistema eficiente (de bajo costo, expedito y justo) de mecanismos y procedimientos para determinar la existencia de una relación de trabajo y para determinar la identidad de las personas implicadas en ellas (OIT, 2008).
- Consideración como trabajadores independiente a quienes trabajan fuera del ámbito tradicional de una relación de trabajo, llamados “cuasi-asalariados” en Alemania) y que merecen de especial protección
- Capacitar intensivamente a los inspectores del trabajo en la detección del fraude laboral; que los mismos puedan dedicarse más a realizar inspecciones proactivas⁶ o auditorías en forma aleatoria en sectores o empresas que presentan un perfil de incumplimiento de la legislación laboral, que a tramitar reclamaciones
- Dedicar funcionarios especializados para la ejecución de funciones educativas para los trabajadores.

En cabeza del Sector publico contratante

En licitaciones:

- Descartar ofertas de empresas (incluidas las CTA's) que hagan la sola entrega de trabajo ya que es un signo revelador de correrse un riesgo fundado de que se incurra en fraude.
- No tomar en cuenta el “menor costo” de la oferta, ya que se puede traducir en mayor costo para el Estado: aunque el Estado pague menos al momento de la contratación, en caso de comprobarse una situación fraudulenta, los socios serían considerados empleados directos del Estado usuario con la subsiguiente obligación de incorporarlos a la nómina (Brasil).
- Cuando una oferta es significativamente menor que las demás de la licitación, esto puede indicar que el empleador no paga beneficios de seguridad social u otras contribuciones, lo cual le permite ofrecer sus servicios a un valor por debajo del mercado (Estonia).

⁶ Basta con que funcionarios se constituyan en los domicilios legales de las cooperativas y soliciten la exhibición de elementos básicos como: “Estatuto de la Cooperativa, Registro de Asociados, Libros debidamente rubricados de Actas de Asambleas y de Actas de Reuniones del Consejo de Administración, solicitudes de asociación de los miembros y sus respectivas aceptaciones, Libro contables, Balances anuales cerrados, Memorias anuales del consejo de administración, Informes del síndico, Informes de auditoría y toda otra documentación que deba estar a disposición de los asociados en la sede y, por ende, del Ente de Contralor. Asimismo, se puede indagar a los que se encuentran prestando servicios -presuntos asociados de la cooperativa- para que contesten acerca de temas tales como: su fecha de ingreso, cómo ingresó, si solicitó asociarse, si aceptaron su solicitud, sobre las tareas que efectúa, si pagó derecho de ingreso, cuántas cuotas sociales posee, cómo se remunera su participación, si percibe retornos, quiénes son los integrantes del Consejo de Administración, si conoce por nombre y apellido a las autoridades de la cooperativa, etc., etc. Al cabo de escasas jornadas de implementación de este sistema de control, que no es más ni menos que lo que debería ejecutarse como rutina por la autoridad de aplicación, varias de las cooperativas truchas verían seriamente comprometida su autorización para funcionar” (Mateo, 2010).

Contratación:

- Prohibición de contratar la prestación de servicios que permita la subordinación directa de los empleados de la contratada al órgano o entidad contratante, ya que sólo pueden trabajar para la Administración pública quienes ingresen por concurso (Brasil, 97).
- Sólo se puede contratar como empresas prestadoras de servicios tercerizados, aquellas empresas que indudablemente sean una unidad productiva dedicada a la ejecución del objeto del contrato con una conjugación de capital, trabajo y materia prima organizados por el prestador del servicio (Brasil, 2002).
- Hacer hincapié en la supervisión e interventoría de los contratos, cuya función es precisamente salvaguardar los intereses de las entidades públicas y garantizar la ejecución puntual, idónea y exacta de las obligaciones contractuales (Colombia)

A cargo de la Empresa usuaria

- Obligación de recabar contribución a la seguridad social del 15% sobre el valor Bruto de la nota fiscal o factura de prestación de servicios de la CTA sobre los servicios prestados por los socios (Brasil)
- Entrega a la autoridad competente del contrato celebrado con la CTA (África)
- Obligatoria inscripción de los trabajadores en registros administrativos (Argentina)
- Es prudente que la tomadora de servicios exija de la CTA contratada los comprobantes de pago de las prestaciones laborales y sociales que se causen, en resguardo de problemas futuros, al poder ser considerada responsable solidaria o subsidiaria con la CTA de las obligaciones laborales y sociales pendientes (Da Silva, 2005)
- Rebaja de porcentajes de la sanción pecuniaria aplicada por fraude laboral, si la empresa usuaria posteriormente formaliza -mediante contrato escrito- una relación laboral a tiempo indefinido.

Respecto de las Cooperativas de Trabajo Asociado

Prohibición de:

- Actuar como Agencia de colocaciones
- Operar como empresas de trabajo temporal y eventual (Colombia, Argentina). En Brasil se permite en caso de sustitución temporal de personal regular o en picos de producción o de servicios, por un plazo de 3 meses, prorrogable con autorización administrativa.
- Destacar socios en empresas usuarias en trabajos misionales de forma permanente.
- Ser multiactivas, exigiéndoles especialización en sectores como seguridad o salud.
- Pero, más importante que ello, es el desarrollo de una cultura de control interno y la obligatoriedad de realizar auditorías externas periódicamente.
Como dice Farrés (2000) “Las regulaciones que han pretendido sostenerse para evitar el *fraudem legis* por parte de la autoridad de control denotan en quien las

dictó una total ignorancia de la materia o al menos una lamentable imaginación para normas sobre el particular”

MEDIDAS CORRECTORAS Y SANCIONATORIAS APLICABLES

Naturaleza:

Más que propiamente punitivas o sancionatorias, el fraude debe ser tratado con medidas tanto de disuasión como correctivas, respetando el debido proceso, y tomando en cuenta el resguardo de los intereses de las partes involucradas: la protección efectiva los derechos de los trabajadores pseudo-asociados; el mantenimiento del empleo y de las propias empresas, y los intereses públicos (el fisco, las entidades y políticas de fomento y protección, la seguridad social, la seguridad laboral y la competencia leal, entre otros).

Ahora bien, para legislar procurando evitar el fraude a la ley por medio de falsas CTA's, debe hallarse en el mismo dogma cooperativo sus soluciones, acentuándolo si hiciere necesario, en su control o exigencias formales (Farrés, 2000). Además, debe contarse con la participación de los organismos representativos de los trabajadores y de las propias CTA's.

Hacia el Sector público

- Establecimiento de procesos disciplinarios a funcionarios públicos que contraten, liciten u ocupen con la cooperativa funciones que deberían estar siendo ocupadas por servidores públicos ingresados por concurso, y establecimiento de penas como resarcimiento de daños, pérdida del cargo, suspensión de derechos políticos, o pago de multa civil (Brasil)
- Consideración de los pseudo-socios como empleados públicos con la orden de incorporarlos a las plantillas oficiales, y obligación solidaria o subsidiaria del ente público usuario de la mano de obra, sobre las obligaciones pendientes con el trabajador por parte del prestador del servicio, incluido el pago de los derechos económicos que les pudiesen corresponder por el lapso que estuvieron indebidamente despojados de ellos.

A la Cooperativa de Trabajo Asociado

Objetivos:

Cesación de la situación irregular, aplicando sanciones y medidas correctoras más que punitivas, en forma sucesiva, gradual y creciente, bajo el principio del mantenimiento de la empresa y de salvaguarda de los puestos de trabajo, antes que su mera liquidación. Las sanciones aplicadas podrían tener efecto suspensivo hasta tanto se agoten los recursos correspondientes (Anteproyecto Argentina).

Este control siempre se deberá hacer en el caso concreto porque la cooperativa puede estar actuando en forma correcta y por lo tanto no existir fraude, con lo cual procederían los recursos judiciales correspondientes y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios causados por la Administración con su erróneo proceder.

Medidas:

De manera meramente enunciativa, señalamos las siguientes:

- Como primera medida, sometimiento a proceso de certificación de ser CTA por parte de expertos externos independientes o de entidades gremiales del propio sector
- Multas sucesivas y crecientes, aplicadas proporcionalmente y ajustadas a las particularidades de cada caso, sobre todo a la capacidad económica de la CTA, de manera que no llegue a ser “confiscatoria”
- Suspensión (temporal) de actividades de la CTA o de ramas de actividad de la misma
- Orden de reorganización empresarial, con indicación de las medidas concretas a adoptar, en un plazo determinado, según las circunstancias particulares
- Gestión controlada o sometimiento de la CTA a tutela por los organismos de integración del sector
- Intervención temporal por la Autoridad pública de aplicación, o a cuenta de ella
- Adopción de procesos de recuperación de la empresa por parte de los trabajadores involucrados que constituyen auténticas CTA’s para salvaguardar sus puestos de trabajo, imputando los pasivos laborales debidos por la empresa usuaria como capital de la misma, con apoyo técnico, administrativo, comercial y financiero, sin lo cual sería, por lo menos, “ingenuo” llevar a cabo dichos procesos.
- En los casos que fuese procedente, establecimiento de procesos de cesión de activos, de fusión, de segregación o de escisión obligatorias.
- Declaratoria de nulidad de los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o defraudar la aplicación de los preceptos laborales (Brasil). Como consecuencia, la contratación de mano de obra a través de la CTA intermediaria será tenida como nula y los trabajadores contratados en esas condiciones serán considerados como empleados de la sociedad contratante (Fernández, 2005).
- Retiro de la autorización para funcionar, con el efecto de conversión obligatoria de forma jurídica, preferentemente a sociedad mercantil o civil, según fuese el caso.
- Solo como última instancia, liquidación obligatoria emitida exclusivamente por la autoridad judicial, a propuesta debidamente motivada de la Administración.

A los directivos de la CTA

- Multas, pagaderas con fondos personales y no de las CTA’s
- Responsabilidad personal y solidaria de las obligaciones económicas pendientes con los “pseudo-asociados”
- Responsabilidad criminal. El Código Penal de Brasil (Art. 203) considera delito el frustrar mediante fraude o violencia derechos consagrados por la legislación laboral, lo que sanciona con detención de un mes a un año y multa.

A la empresa usuaria

- Multas. Es el procedimiento más usado. Sin embargo, la imposición de multas es controversial. A la luz de la experiencia europea, las sanciones aparentemente

tienen una efectividad limitada. En algunos casos el tamaño de la multa no es suficientemente grande para desalentar a los empleadores. De hecho, algunos empresarios seguirán arriesgándose a emplear trabajadores no declarados siempre y cuando el costo de la sanción sea menor que la diferencia entre el costo de la mano de obra de trabajadores declarados y no declarados.

Por otra parte, si la sanción impuesta es excesivamente alta, puede generar un efecto contraproducente ya que podría llevar la empresa a la quiebra, particularmente cuando se aplica a micro o pequeñas empresas. Como resultado, los trabajadores no declarados podrían convertirse en desempleados, lo cual no es beneficioso para el trabajador o la empresa.

Consecuentemente, es de fundamental importancia que las sanciones se apliquen de manera proporcional con miras a la viabilidad y éxito en el largo plazo de la empresa y sus trabajadores. Quizá -dice la OIT (2010)- sea necesario flexibilizar el marco legal un tanto a este respecto.

- En Francia se puede sancionar hasta con prohibición de operar como empleador por un período de cinco años en el mismo sector.
- Transmisión de la empresa usuaria a los trabajadores con la posibilidad para quienes se hacen cargo de la misma, de deducir de sus rentas los intereses del préstamo tomado para financiar (Francia)
- La empresa usuaria puede ser declarada responsable subsidiaria basada en los conceptos de culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*. En esta perspectiva, las empresas tomadoras de mano de obra deben procurar escoger con criterio a las cooperativas con quienes pretendan firmar contratos, descartando aquellas sociedades que no se muestren idóneas. Caso contrario, incurrirán en responsabilidad subsidiaria por las obligaciones laborales y sociales no pagadas (Da Silva, 2005).
- También, la empresa tomadora puede ser considerada como empleador directo y los pseudo socios-trabajadores pasar a ser considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social.
- Para la OIT, un enfoque más prometedor parece ser la adopción *de medidas de disuasión* imponiendo una sanción administrativa que afecta los intereses económicos vitales de la empresa. Esto incluye, por ejemplo, despojar la elegibilidad de la empresa a concursar en licitaciones de adquisiciones estatales y licitaciones públicas, el retiro de subsidios y asistencia pública, o el cierre temporal o total de un establecimiento, pérdida de los beneficios públicos obtenidos como CTA y reintegro de lo percibido.
- Otra forma de sancionar incluye publicitar (nombrando y públicamente avergonzando) a las empresas que cometen violaciones severas a la legislación laboral. Por ejemplo, en Portugal los inspectores del trabajo pueden publicar

sanciones en su sitio Web. Más aun, en Francia, dichas sanciones pueden ser publicadas.

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El problema

La autoridad pública competente en la lucha contra el fraude laboral se enfrenta a la tarea de tratar de poner coto a numerosas falsas CTA's, para lo cual debe, siguiendo el debido proceso administrativo correspondiente, probar -en cada caso- que efectivamente se ha cometido simulación laboral en fraude de los derechos de los trabajadores.

Comoquiera que en el Estado de Derecho se presume tanto la buena fe como la sujeción de la actividad de los ciudadanos a la ley (y por tanto, de las empresas de cualquier naturaleza que fuesen) además que en algunos ordenamientos la existencia de una CTA presume la no existencia de relación laboral, la Administración está en necesidad de desvirtuar -en cada caso- dichas presunciones, probando -por medio de indicios (prueba indirecta)- la simulación (dolosa) y con ello, la comisión del fraude (tiene la carga de la prueba).

Pero, además, la Administración debe adoptar criterios objetivos, de aplicación general (a todos los casos) reduciendo -de esta forma- la discrecionalidad en la apreciación de las circunstancias de hecho que, en cada caso en particular, sustentan la emisión del acto administrativo sancionatorio.

De no hacerlo así, podría producirse el efecto de sancionar -sin haber probado los hechos o habiendolos probado mal- a determinadas CTA's que sí cumplen con los requisitos para serlo y que no han cometido fraude laboral, con el subsiguiente ejercicio de los recursos judiciales correspondientes.

De esta manera se originaría una intensa litigación que ocasionaría, además de la intensiva carga procesal a que se vería sometido el Estado, muchos casos de condenas judiciales al Estado a reponer a las CTA's gananciosas a su actuar original, con el subsiguiente pago de los daños y perjuicios causados por la decisión administrativa anulada por el Juez.

Alternativa

Se propone la opción de diseñar instrumentos -de fácil uso y de aplicación intensiva- que empleados por la autoridad pública competente logren -de manera objetiva (por medio de indicadores precisos)- comprobar el cumplimiento o no de las condiciones requeridas para ser una verdadera CTA, de manera tal que la prueba que pueda recabarse demuestre la realidad y desenmascare la simulación ilícita.

Los indicadores se verifican mediante la revisión de documentos y la formulación de preguntas a los trabajadores y otras personas determinadas. Los indicadores incumplidos pueden ser considerados jurídicamente como indicios (medios de prueba indirecta) de la existencia de una simulación del "contrato de trabajo realidad".

La existencia de un cúmulo de indicios *motiva* legalmente la emisión de la decisión de la Administración que sanciona a la falsa CTA (comprueba la existencia real de determinados "hechos" previstos por la norma y coincidentes con ella, como supuestos de derecho de la comisión del fraude laboral). Con ello, la mayoría de las sanciones aplicadas por la

Administración pública tendrían sustento real, con la subsiguiente reducción en la interposición de recursos judiciales que pudiesen resultar exitosos contra las mismas.

REFERENCIAS

- Beyrías, M. y Pintos, L. (sf). *La contratación estatal de las cooperativas de trabajo*. Mundo gremial. Buenos Aires
- Bustos, A. y Alesandrini, M. (sf). *Cooperativas y fraude laboral*. Buenos Aires. Internet
- Campos, M. (2011). *Las cooperativas de trabajo como modalidad de fraude en la contratación laboral*, Buenos Aires, Equipo Federal de Trabajo
- Colombia, República de (2011), Versión del 28-4. *Proyecto de Decreto por el cual se reglamenta la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010*. Ministerio de la Protección Social
- Confederación Nacional de Cooperativas de Trabajo de Argentina (2011). *Anteproyecto de Ley de Cooperativas de Trabajo*. Buenos Aires, CNCT
- Cracogna, D. (2010). Notas sobre las cooperativas de trabajo en la hora actual en la Argentina. *Revista de la Cooperación Internacional. ACI*. Volúmen 43, N° 1. Buenos Aires, Intercoop
- Da Silva-Jaeger, F. (2005). *O cooperatiismo como fator d'inclusão econômico-social na lei 5674/71*.
- De Lacerda, R. (2002). *Cooperativas de Mao-de-Obra: Manual contra a fraude*. São Paulo. LTR
- Dirección General de la Agencia Estatal de administración Tributaria. Resolución de 2/2/2011. *Directrices generales del plan general de control tributario de 2011*
- España, Reino de (1997). *Ley 42/ 1997 Ordenadora de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social*
- España, Reino de (2010). *Plan integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la seguridad social*, Madrid
- Farrés, P. (2000). *Cooperativas de trabajo*. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo
- Fernández da Silva, P. (2005). *Cooperativas de trabalho, tercerização de maò-de-obra e direito de trabalho*. Rio de Janeiro, Editorial Lumen Juris
- Marcos, M. y Casas, J. (1999). Las cooperativas de trabajo como fraude al contrato de ajuste. Personal embarcado a bordo de buques de pesca con retribución a la parte. *XXV Jornadas de Derecho Laboral*. Mar del Plata
- Mateo, J. y Nieto, A. (2010). *Precarización y fraude laboral en la industria pesquera malplatense. El caso de las "cooperativas" de fileteado de pesca 1989.2010*. Mar del Plata
- Moirano, A. (2010). *Brasil y las cooperativas de Trabajo*. Buenos Aires.
- Muguillo, R. (sf). *Cooperativas de Trabajo y servicios a terceros*. Mar del Plata. Instituto de Derecho Comercial. Universidad Fasta
- Ojeda, A. (2009). La <<externalización>> del Derecho del Trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, Volumen 128, número 1-2. Ginegra. OIT

- Organización Internacional del Trabajo (2006). *Resolución 198 sobre la Relación de Trabajo*, Ginebra, OIT
- Organización Internacional del Trabajo (2008). *La relación de trabajo. Una guía anotada a la Recomendación N° 198*. Documento 18. Ginebra, OIT, Servicio de Dialogo Social, Legislación y Administración del Trabajo
- Organización Internacional del Trabajo (2010). *La inspección del trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores*. Ginebra, OIT, Programa sobre Administración e Inspección del Trabajo
- Pérez Crespo, G. (1999). *La intermediación financiera a través de empresas de servicios eventuales y las multas en la ley 24.013*. Buenos Aires
- Ruiz, A. & Asociados (sf). *Visión sobre el tema tercerizados en el marco de los últimos conflictos*. Buenos Aires
- Vega de Herrera, M. (2007). El contrato estatal de prestación de servicios: su incidencia en la función pública. *Protegénesis*, N° 19. Bogotá