

EL FRAUDE A LA LEY LABORAL (y la reforma de la Ley 27742).-

Javier Spaventa

SUMARIO: 1.- INTRODUCCION / 2.- EL FRAUDE A LOS ACREEDORES EN EL DERECHO ROMANO / 3.- LA ACCION PAULIANA EN EL CCCN / 4.- EL FRAUDE A LA LEY EN EL CCCN / 5.- EL INCUMPLIMIENTO Y EL FRAUDE A LA LEY / 6.- EL ART. 14 DE LA LCT 20744: 6.1.- El fraude laboral como una figura objetiva / 7.- EL FRAUDE POR SIMULACION: 7.1.- El fraude y la simulación absoluta y relativa (en derecho laboral). Y la apariencia de normas contractuales no laborales y laborales in peius del trabajador / 8.- LAS CONTRATACIONES REGULADAS EN EL CCCN / 9.- EL FRAUDE POR ACTO REAL / 10.- LA INTERPOSICIÓN DE PERSONAS / 11.- LA INTERMEDIACION LABORAL / 12.- EL CONTRATO DE TRABAJO EVENTUAL Y LA INTERMEDIACIÓN DE LAS AGENCIAS DE SERVICIOS EVENTUALES / 13.- LA SUBCONTRATACIÓN Y DELEGACIÓN / 14.- EL FRAUDE POR CUALQUIER OTRO MEDIO: 14.1.- La apariencia de normas contractuales laborales; 14.2.- La combinación de los medios idóneos; 14.3.- La sentencia fraudulenta; 14.4.- El uso de la persona jurídica; 14.5.- El caso de las empresas subordinadas; 14.6.Trabajadores independientes y auxiliares del trabajador / 15.- LA PRUEBA DEL FRAUDE A LA LEY Y EL ART. 23 DE LA LCT / 16.- LA NULIDAD DEL FRAUDE LABORAL.

1.- INTRODUCCION.- Hacemos un análisis del art. 14 de la Ley 20744. En el art. 14 de la Ley 20744 se encuentra la figura o tipo legal del fraude a la ley laboral. En la medida que la ley contiene normas de orden público (o de orden público laboral) se requiere de una figura legal que procure el imperio de las mismas anulando el fraude. El tipo legal del fraude a la ley cumple una función de defensa o de protección de las normas imperativas. En la cabal comprensión y uso de la figura del fraude a la ley se juega la plena vigencia de la ley imperativa laboral y, en definitiva, el pleno goce y ejercicio de los derechos sociales reconocidos a favor de la persona que trabaja como lo manda asegurar el art. 14 bis de la CN.

El análisis del fraude a la ley según el texto de la LCT 20744 debe ser realizado desde el punto de vista constitucional o a partir de los derechos sociales reconocidos en la Constitución nacional y los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema. La legislación debe ser comprendida como una consecuencia de la Constitución (art. 31) y así debe ser leída por medio de la doctrina constitucional, o tamizada por ella, de modo que resulte complementada o aumentada por la misma. Aquí no debemos perder de vista que el gobierno (por medio de sus tres poderes) debe asegurar los derechos del trabajador según lo manda el art. 14 bis de la Constitución, cuyos objetos (entre otros) son promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para todos (conforme lo señala su preámbulo). Aseguramiento y progresividad. Irreversibilidad y adelantamiento. Prohibición de la regresividad y orden

de la progresividad. Dos principios básicos del gobierno moderno que siempre debemos atender.

En el art. 2º del CCCN el legislador dispone que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” Las palabras de la ley deben ser entendidas en forma coherente con el régimen de los derechos humanos. No hay una interpretación literal autónoma o independiente de los principios y valores jurídicos que, en definitiva, se corresponden con la república democrática y los derechos de la persona. De esta manera también se debe entender a la ley laboral para así promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para todos conforme se establece en el preámbulo de la Constitución nacional.

En este estudio del fraude a la ley laboral consideramos la reforma de la Ley 27742. No cuestionamos la constitucionalidad o aplicabilidad de la Ley 27742. Lo hicimos en otro lugar donde sostuvimos que se trata de una reforma inconstitucional o inaplicable.¹ Aquí suponemos la constitucionalidad o aplicabilidad de la Ley 27742 y analizamos su significado o sus consecuencias para la regulación de la relación laboral y, en especial, con relación al fraude laboral.

Entendemos que ciertas figuras legales (como, entre otras, las contrataciones del CCCN, la persona jurídica, las pasantías universitarias, la intermediación laboral, la contratación por agencias de servicios eventuales, la subcontratación y delegación, las empresas subordinadas o relacionadas, el trabajador independiente con colaboradores) deben ser investigadas para su cabal comprensión dentro del marco del fraude a la ley laboral. Así también algunas de las reformas de la Ley 27742 no serán acabadamente entendidas si no se atienden a las consecuencias que implican para la evasión, elusión o evitación de la ley imperativa laboral.

Dentro de las discusiones que generó el Plenario Vásquez N° 323 de la CNAT y en defensa a la doctrina fijada en ese fallo (fui abogado de Vásquez y promoví el recurso de inaplicabilidad de ley) escribí Fraude y Simulación en el Contrato de Trabajo (Buenos Aires, junio de 2015). Ahora, en otras circunstancias, retomo algunas partes de aquella investigación y las uso y reformulo para realizar un estudio más completo sobre el fraude a la ley laboral.

Hay ciertos hechos innegables, por todos conocidos, de muy vieja data, que integran el conjunto de prácticas inhumanas contra las que han

¹ Lo hicimos en Sobre la inconstitucionalidad, invalidez o inaplicabilidad de la reforma laboral del Título V de la ley 27742. Una respuesta inmediata. Buenos Aires, 11-8-2024.-

luchado los trabajadores rurales y urbanos y los defensores o simpatizantes de los derechos civiles y sociales en todas las partes del mundo para resistir, atenuar o revertir el avance o el desarrollo capitalista. Entre esas prácticas, sin lugar a dudas, está el fraude a la ley laboral o la elusión o evitación de la ley imperativa por cualquier medio idóneo. El conocimiento de estas prácticas inhumanas, a esta altura del desarrollo, pertenece al saber común de los hechos relevantes que le dan sentido al derecho del trabajo, en cuanto conjunto de principios para paliar, detener o superar la explotación del hombre por el hombre. El repudio de estas prácticas integra la conciencia jurídica y social que se expresa en los sentimientos morales que experimenta toda víctima del actuar inhumano o toda persona imparcial; sentires que a veces también se expresan en las formas o figuras o tipos legales y en la doctrina del derecho.

2.- EL FRAUDE A LOS ACREEDORES EN EL DERECHO ROMANO.-

En el derecho romano, entre los actos ilícitos que se consideraban fuentes de las obligaciones, se encontraba el fraude a los acreedores (o *fraus creditorum*) que se daba cuando una persona ejecutaba actos “de enajenación de sus bienes con la intención de caer en insolvencia o de agravar su situación patrimonial en perjuicio de sus acreedores. Del pretor proceden los medios para impedir que los acreedores fueran perjudicados por el *fraus creditorum*. Originariamente concedió un *interdictum fraudulentum* que obligaba al que hubiera adquirido los bienes enajenados por el deudor a restituirlos en su totalidad. Más tarde, por una *in integrum restitutio*, retrotraía las cosas al momento de la realización de los actos fraudulentos. En el derecho justiniano se funden estas dos medidas de tutela en una acción revocatoria unitaria que se conoce con el nombre de *actio Pauliana*, tal vez por llamarla así el jurisconsulto Paulo (Dig. 22, 1, 38, 4).”²

² Ver Luis Rodolfo Argüello, *Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones*, Buenos Aires, 1979, pág. 385.- Ver también de Robert von Mayr, *Historia del derecho romano*, II, Barcelona, 1926, págs. 128 y 129; de Vincenzo Arangio – Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1986, pág. 163; de J. Duclareuil, *Roma y la organización del derecho*, México, 1958, donde muestra la evolución del fraude desde un concepto penal a uno civil. Así señala que “El fraude respecto a los acreedores (*fraus creditorum*), ya reprimido en tiempos de Cicerón, abarcaba los actos por los cuales un deudor, intencionalmente, quedaba insolvente o aumentaba su insolvencia.” (pág. 156). En el mismo sentido ver *Juristas Universales*, Julio Paulo, Barcelona, 2004, págs. 204-208.- En el *Digesto* 22, 1, 38 se expresa *Paulus libro sexto ad Palutium. Videamus generali, quando in actione quae est in personam; y en el 4 se agrega conditio nascatur. In Fabiana quoque actiones et Pauliana, per quam in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod nomen est iniquum (nam et verbum “restituas”, quod in hac re praetor dixit plenam habet significationem), ut fructus quo-*” (ver *Corpus Iuris Civilis, Institutiones*, Paulus Krueger,

Se trata del fraude a los acreedores. Según Zannoni “el pretor Paulo introdujo dentro del elenco de las acciones in personam pretorianas el *interdictum fraudatorum* por el cual, dentro del año desde la *bonorum venditio* de los bienes del deudor insolvente, los acreedores podían adquirir la posesión de las cosas enajenadas por él *fraudationis causa*. Así pasó al *Corpus Iuris Civile* justiniano y fue denominada acción pauliana por la glosa posterior.”³

3.- LA ACCION PAULIANA EN EL CCCN.- La acción pauliana en el Código Civil de Vélez Sársfield está regulada en los arts. 961 a 972. En el nuevo Código Civil (2015) se dispone en los arts. 338 a 442. En el art. 961 del Código de Vélez se establece que “Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos.”

LLambías dice que “Cuando una persona insolvente enajena bienes, a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores, queda configurada la situación cuyo remedio procura la ley mediante la acción pauliana o revocatoria concedida a los acreedores perjudicados por el fraude.”⁴ Esta noción mínima de fraude, o el fraude a los acreedores, no es ajena al derecho laboral y tampoco es inaplicable a la relación de empleo o al contrato de trabajo.

Si seguimos el concepto general que aporta LLambías (junto al texto del art. 961 del Código de Vélez o del art. 338 del Código de 2015) podemos afirmar que cuando el patrón enajena sus bienes, a fin de sustraerlos a la ejecución del crédito laboral por el trabajador, queda configurada la situación cuyo remedio procura la acción pauliana, de modo tal que el dependiente puede reclamar (ya sea por vía de una demanda o, durante el trámite del juicio o en su etapa de ejecución de la sentencia, por vía de un incidente) la revocación de los actos celebrados por el patrón en perjuicio o en fraude de sus derechos, lo que incluye por cierto también al corrimiento del velo societario y la extensión de la condena a los socios o directores.

Este sentido tradicional de fraude (o el fraude a los acreedores) aparece, por ejemplo, cuando se decide que “La circunstancia de haber inscripto al trabajador, que prestaba servicios para dos empresas relacionadas, como dependiente exclusivo de una de ellas (que se encontraba en estado de falencia), configura una maniobra fraudulenta

Digesta, Theodor Mommsen, Berolini, 1872; Digesta, Libro I, Título III, 22, 1, 38, 4).-

³ Ver de Eduardo A. Zannoni su comentario al art. 961 del Código Civil en Belluscio – Zannoni, Código Civil y leyes complementarias, Buenos Aires, 1982, pág. 428.-

⁴ Jorge Joaquín LLambías, Tratado de Derecho Civil, parte general, tomo II, 1982, pág. 547.-

destinada a burlar los derechos del trabajador.” (CNAT, Sala III, 28-02-95, Cañete, Carlos c/ IESA S.A. s/ despido).⁵

También LLambías señala que “la acción revocatoria no constituye una acción de nulidad. El acto fraudulento es perfectamente válido y eficaz, tanto respecto de las partes cuanto respecto de los terceros en general. Sólo frente a ciertas personas, los acreedores anteriores del enajenante de los bienes, el acto deja de ser eficaz, pudiendo tales personas prescindir de su realización, como si ello no hubiese ocurrido. Este desdoblamiento del acto jurídico que mantiene su validez y eficacia, salvo respecto de las personas autorizadas para impugnarlo, se reconoce en doctrina con el término de “inoponibilidad”, diciéndose que el acto fraudulento no es inválido sino inoponible a los acreedores del enajenante.”⁶

En el Código Civil (de 2015) se establece: “Art. 338.- Declaración de inoponibilidad.- Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con lo que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna.”

Este concepto de oponibilidad (y su opuesto de inoponibilidad) son absolutamente compatibles con el derecho laboral y de uso por los tribunales del trabajo. Así, por ejemplo, se ha resuelto “en el sentido de que la personalidad de las personas jurídicas no puede ser ignorada en cualquier caso, a riesgo de incurrir en demasía judicial, y que la responsabilidad personal de los socios (de sociedad colectiva) es subsidiaria, de modo que no cabe accionar directamente contra ellos, sin perjuicio de que la condena les sea oponible: CNTr., 5ª, 31-7-74, LL 157, fallo 71.281).”⁷ Subrayo que aquí se decide que la condena es oponible a los socios. Esta es la idea que me interesa destacar. En términos generales ninguna persona jurídica puede ser un obstáculo para suprimir o limitar un derecho social, de modo tal que siempre, ante el incumplimiento de una condena laboral, se impone la extensión de la misma contra sus socios o directores para forzar la ejecución y satisfacer al acreedor social.⁸

derecho civil y el derecho laboral me ocupo (brevemente) en Apuntes Sobre

⁵ Hay que tener en cuenta que en derecho laboral no se puede estar por debajo de los mínimos establecidos en derecho civil (o, si se quiere, por debajo de los standards civilistas). Así, por ejemplo, dice Guillermo A. Borda (Ministro del Interior de la dictadura del Gral. Onganía) que “En principio, todos los actos que signifiquen un perjuicio para los acreedores pueden ser revocados, sin que quepa formular ninguna distinción entre aquellos que producen un empobrecimiento del deudor y los que impiden un enriquecimiento (art. 964, C. Civil).” (ver su Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, II, 1959, pág. 337). Sobre la relación entre el

Derechos Sociales (párrafo 7.8).-

⁶ Jorge Joaquín LLambías, ob. cit., pág. 548.-

⁷ Ver KROTOSCHIN – RATTI, Código del Trabajo Anotado, Buenos Aires, 1975, pág. 69.-

⁸ En este sentido en Apuntes Sobre Derechos Sociales proyectamos la siguiente norma: “La persona jurídica que ocupe trabajadores será solidariamente responsable con sus socios o directores por todas las obligaciones laborales.” (pág. 189 y 190, o párrafo 6.15). Insistimos en la misma propuesta en Reforma Laboral y Desarrollo Económico y Social (Buenos Aires, 2023, párrafo 2.14).- De la misma manera en KROTOSCHIN – RATTI, Código del Trabajo Anotado, Buenos Aires, 1975, se muestra que la teoría del corrimiento del velo de la persona jurídica “tiene el propósito de frustrar el uso desviado de la forma societaria en desmedro de intereses de terceros o para eludir el cumplimiento de obligaciones. En este caso procede declarar la responsabilidad personal de los socios, sobre todo tratándose de obligaciones laborales y previsionales (CNTr., 2ª, 9-3-73, LT 1974-561, DT 1974-67)” (ver pág. 69).-

4.- EL FRAUDE A LA LEY EN EL CCCN.- El Código Civil (del 2015) contiene una norma antifraude semejante al art. 14 de la LCT. Se trata del art. 12 donde se dispone: “Orden público. Fraude a la ley.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.”

En este art. 12 del Código Civil (2015) se da una idea del fraude a la ley. Nótese que ya no se trata de la acción pauliana (o de la acción para proteger al acreedor del fraude que ejecuta su deudor) sino de un concepto general de fraude: ya no se trata del fraude a los acreedores sino del fraude a la ley; el fraude a los acreedores sería un caso del fraude a la ley.⁶

Para Zannoni “La moderna doctrina considera que el fraude, en general, consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra. Se dice, pues, que un acto jurídico es fraudulento cuando, si bien sus otorgantes obran legitimados formalmente en una norma legal, en realidad eluden otra u otras, que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se

⁶ Así Enrique Fernández Gianotti, en Fraudes en el Derecho Laboral (LL 101-1015, que es uno de los artículos pioneros sobre la materia en nuestro país), dice que “en punto al fraude, Vélez Sarsfield, se ocupa solamente de una manifestación especial del mismo, tampoco ajena al campo laboral”. Además, con la reforma de la ley 11729 en el art. 158 del Código de Comercio se dispuso que “Será nula y sin valor toda convención de partes que reduzca las obligaciones determinadas en los tres artículos anteriores...”

proponen. Desde este punto de vista, el fraude se obtiene por lo que se ha dado en llamar la *circunventio legis*: la utilización de una norma “de cobertura” para obtener, a la postre, el fin prohibido por otra norma: la “ley defraudada”. La teoría del fraude aparece entonces como un medio de mantener el control en la aplicación de las normas jurídicas, considerando el orden jurídico en su totalidad. Se alude, así, al fraude a la ley.”⁷

En su comentario al art. 961 (del Código de Vélez) y al presentar el concepto de fraude a la ley, Zannoni señala que está formado por tres elementos, que son: la norma jurídica imperativa, obligatoria o de orden público, la intención de eludir o evadir a esa norma imperativa y el uso de un medio legal idóneo o eficaz de modo tal que “a diferencia del negocio contra la ley (*contra legem*), en este caso el otorgante o los otorgantes no contravienen o violan directamente la norma imperativa, sino que crean las condiciones que les permite obtener, por otra vía, el resultado intentado u otro resultado equivalente.”⁸ Por ello, como veremos luego, a este tipo de actos se los entiende como actos indirectos.

El art. 12 del CCCN lleva por título “Orden público. Fraude a la ley”. El fraude a la ley es una figura jurídica que supone o requiere del orden público o de la ley imperativa. Se trata de una figura jurídica para la defensa de la ley imperativa o que trata de asegurar que la ley imperativa sea aplicada. El fraude a la ley es una figura de refuerzo o, si se quiere, de garantía.

En la primera frase u oración del art. 12 del CCCN se prohíbe que las convenciones particulares dejen sin efecto las leyes de orden público. En términos generales se prohíbe a los habitantes del territorio a dejar sin efecto las normas de orden público.

En la segunda oración del art. 12 del CCCN el legislador define el fraude a la ley como al acto que se ampara, convalida o legitima en un texto legal, pero que es un acto que tiene un resultado análogo al prohibido por la norma de orden público. Así hay una norma de orden

⁷ Ver de Eduardo A. Zannoni, ob. cit., págs. 428 y 429.- El concepto puede tener quizás inspiración también en Paulo según se entienda esta cita del Digesto: “*Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; infraudem vero, qui salvis verbis, sententia eius circumvenit.*” (ver Corpus Iuris Civilis, Institutiones, Paulus Krueger, Digesta, Theodor Mommsen, Berolini, 1872; Digesta, Libro I, Título III, 29, o 1, 3, 29). En el Apéndice del Diccionario de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, presenta este texto de la siguiente manera: “Obra contra la ley quien hace lo que la ley prohíbe; y en fraude de la ley, quien salva sus palabras pero elude su sentido.” (ver Guillermo Cabanellas, Diccionario de derecho usual, Apéndice, pág. 10, n° 241).-

⁸ Zannoni, ob. cit., pág. 430.- Sobre el tema ver también de Eduardo A. Zannoni, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, 1986, en especial el capítulo VI (sobre la ineficacia de los actos simulados) y el capítulo VII (sobre la ineficacia del negocio fraudulento).-

público que prohíbe un acto (o un resultado de un acto); hay otro acto conforme a la ley; pero este acto conforme a la ley tiene por resultado el mismo resultado que está prohibido por la norma de orden público.

Georg Henrik von Wright en *Norma y Acción* distingue entre el resultado de la acción y las consecuencias de la acción. Von Wright dice: “A cada acto... corresponde un cambio o un suceso en el mundo... Esta correspondencia entre acto y cambio es un nexo intrínseco o lógico. El acto es... “definido” como el acto de efectuar tal y tal cambio. Por ejemplo: el acto de abrir una determinada ventana es, lógicamente, el acto de cambiar o transformar un mundo en el que la ventana está cerrada, en un mundo en el que está abierta. Por resultado de un acto podemos entender el cambio que corresponde a este acto o, alternativamente, estado terminal... de este cambio... Cuando el mundo cambia en un determinado respecto puede suceder que, por virtud de la llamada necesidad causal o natural, también llegue a transformarse en otro determinado respecto. Entonces decimos que la segunda transformación es una consecuencia de la primera. Si la primera transformación se efectúa a través de una acción, es el resultado de un acto; entonces la segunda es una consecuencia de la acción, una consecuencia de este acto. Por ejemplo: una consecuencia del acto de abrir la ventana puede ser que la temperatura en una determinada habitación disminuya”.⁹

Cuando en el art. 12 del CCCN se escribe “resultado” hay que entender que se refiere tanto al cambio o transformación que corresponde a la acción (por un nexo intrínseco o lógico) como a las consecuencias, cambios o transformaciones causales de la acción.

La acción por la cual el sujeto invoca el amparo de un texto legal tiene un objeto (querido o buscado) o una consecuencia causal (que debió o pudo haber previsto razonablemente alguno de los sujetos intervinientes en el negocio) que es sustancialmente análoga al resultado prohibido por la norma imperativa.

Este concepto de fraude a la ley, presentado así en términos civilistas y, en forma muy relacionado al texto del nuevo Código Civil (del 2015), tampoco es ajeno al derecho del trabajo y ha sido usado por el poder judicial para la decisión de las causas. Así, por ejemplo, se ha dicho que “Existe fraude a la ley cuando al amparo de una norma jurídica y dentro de una presunta legalidad se obtiene un resultado contrario a la realidad (CNTr., 4ª, 16-11-66, LL 124-750, DT 1966-628).”¹³ Como puede verse el sentido es el mismo que el expuesto para el fraude a la ley, más allá de que se debió haber escrito (quizás para alcanzar mayor precisión) que se trataba de un acto contrario a la norma imperativa y no “a la realidad”. Se obra al amparo de una norma jurídica, dentro de una presunta legalidad, para obtener el resultado prohibido por la norma imperativa, o un

⁹ Ver Georg Henrik von Wright, *Norma y Acción*, Madrid, 1979, págs. 56 y 57, entre otras; ver también de Carlos Santiago Nino, *Introducción a la*

resultado sustancialmente análogo al prohibido por la norma de orden público.

También se decide que “En la tercerización se contrata a una tercera empresa a los efectos de que lleve a cabo una parte (y sólo una) del proceso productivo, externalizando ese tramo de la producción de una compañía. No puede concluirse que ello siempre implica existencia de fraude, pero sí que tal excepción a la continuidad de dicho proceso requiere atención en el análisis de la situación. En suma, se trata de un negocio jurídico aparentemente lícito por realizarse al amparo de una determinada ley vigente denominada ley de cobertura, pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por una norma imperativa que deviene en ley defraudada. La tensión entre estas dos normas en el seno del negocio jurídico, evidencia la existencia de fraude laboral, que no requiere prueba por parte del trabajador.” (CNAT, Sala VII, 31-03-2010, sd 42571, causa 34003/07, Galo Natalia Elizabeth c/ Orbe

Proyect SA y otro s/ despido). Aquí claramente aparecen la llamada “ley de cobertura” (la figura legal que se utiliza para evadir o eludir al orden público y así alcanzar el resultado prohibido por la norma imperativa) y la “ley defraudada” (o norma imperativa o de orden público laboral).¹⁴

Filosofía de la Acción Humana, Eudeba, 1987, capítulo VIII, La causación a través de acciones.-

¹³ La cita la tomo de KROTOSCHIN – RATTI, Código del Trabajo Anotado, Buenos Aires, 1975, pág. 69.-

¹⁴ Otro caso donde aparece este concepto de fraude a la ley (elaborado sobre la base de una ley imperativa desplazada y una ley de cobertura como medio para la elusión o evasión) es el siguiente fallo: “Debe considerarse un apartamiento de la figura que estatuye el art. 241 de la

5.- EL INCUMPLIMIENTO Y EL FRAUDE A LA LEY.- El derecho del trabajo y, en especial, el derecho individual del trabajo (constituido básicamente por la regulación del contrato de trabajo) está integrado por normas de orden público laboral: se trata de normas que establecen (a favor del trabajador) límites mínimos (pisos) y máximos (techos) a la acción del empleador, lo que implica que son indisponibles (o inmodificables) en contra (in peius) del dependiente, ya sea por un acuerdo entre las partes del contrato de trabajo, o por la voluntad unilateral de una de ellas. Son normas imperativas (o ius cogens). Todo acuerdo o acto contrario a una norma imperativa es nulo y, de pleno derecho (o ipso iure), la relación laboral queda regulada por la ley del trabajo: la norma laboral desplaza automáticamente a toda otra norma que se le oponga para la regulación de la prestación de servicios dependientes. Estas nociones muy básicas no se deben perder de vista cuando se aborda el estudio del incumplimiento y el fraude a la ley.

LCT, el caso en que la empresa hace entrega al trabajador de una suma de dinero en concepto de "gratificación no remunerativa por cese", haciendo este último expresa renuncia a toda reclamación de cualquier índole, para encuadrarse en el art. 245 del mismo cuerpo legal. De esta forma se configura un claro fraude a la ley en razón de la presencia de un vicio en la causa del acto jurídico mismo ya que la "causa fin" objetiva del acto rescisorio no configura una disolución por mutuo acuerdo, sino un despido arbitrario con trastocamiento de esa precisa causa fin objetiva, para lo cual se ha intentado utilizar una norma de cobertura (art. 241 LCT) con la finalidad de excluir la aplicabilidad del art. 245 LCT, y no soportar sus consecuencias. A ello debe sumarse que tampoco se puede admitir la renuncia expresa del trabajador a "todos y cualquier derecho a reclamo de cualquier índole", porque encierra en sí misma una clara violación del orden público laboral que el juez debe decretar de oficio. Estamos así, en presencia de un acto nulo de nulidad absoluta." (CNAT, Sala VII, 4-12-2006, Ranalleti, Horacio Arnaldo c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. Pespasa s/ despido).- En el mismo sentido: "La entrega de una suma de dinero en concepto de liquidación por cese, denota sin lugar a dudas, el apartamiento de la figura que estatuye el art. 241 LCT para instalarse en el art. 245 del mismo cuerpo legal. Se configura un claro fraude laboral pues la causa fin objetiva del acto rescisorio no configura una disolución por mutuo acuerdo, sino un despido arbitrario por trastocamiento de la causa fin objetiva. No se trata de culpa, ni de lesión ni de dolo, sino de fraude como vicio del acto jurídico y que no requiere pruebas específicas, sino la sola comprobación, por parte del juez, de la tensión entre la norma de cobertura y, en el caso, el orden público aboral, culminando en la alteración de la causa fin objetiva. A ello debe sumarse que tampoco se puede admitir la renuncia expresa del trabajador a "todos y cualquier derecho a reclamo de cualquier índole". Tal forma resulta afectada de invalidez absoluta, porque encierra en sí misma una clara violación del orden público laboral que el juez debe decretar de oficio. Así el acto es nulo por falla concerniente al objeto o causa final del acto." (CNAT, Sala VII, 7-09-2006, Giménez, César Valentín c/ Siembra Seguros de Retiro S.A. s/ despido).-

Por incumplimiento se puede entender tanto al acto como al efecto de incumplir. Hay que distinguir estas dos nociones o, por lo menos, no confundirlas. El incumplimiento es la ejecución del acto prohibido por la ley o la omisión del acto que manda ejecutar la ley laboral. Así decimos que el empleador incumple con la legislación del trabajo, con el orden público laboral, cuando ejecuta un acto que está prohibido por la ley o cuando omite (o deja de hacer) un acto que la ley le impone realizar.

El empleador incumple con la ley laboral por acción cuando, por ejemplo, modifica las condiciones del contrato de trabajo en contra de los derechos del dependiente (art. 66 LCT); o cuando el empleador ordena a su dependiente prestar servicios extraordinarios (art. 203 LCT); o cuando el patrón rescinde el contrato de trabajo sin justa causa (o en forma arbitraria; art. 245 LCT). A su vez, el empleador incumple con la ley laboral por omisión cuando, por ejemplo, no paga el salario debido (art.

103 LCT); o cuando no paga el salario dentro del plazo establecido por la ley (art. 128 LCT).

Para dar cuenta de estas acciones u omisiones del empleador se utilizan diferentes palabras además de “incumplir” o de “incumplimiento”, tales como: “violar”, “infringir”, entre muchas otras, cuyos matices (o variaciones de sentido) aquí no me interesa analizar en la medida que entiendo que son irrelevantes a los fines del estudio emprendido.

La ley puede ser violada por acción o por omisión. La violación de la ley puede aludir tanto a la acción (u omisión) como al efecto de dicha acción (u omisión). El efecto (o resultado) de la violación de la ley es la ley violada (o la ley incumplida, o la ley infringida, o eludida o evadida). Las consecuencias de esa acción (u omisión) pueden ser una serie de cambios o transformaciones.

El resultado de la acción de violar la ley es la ley violada. Mientras que las consecuencias del acto de violar la ley laboral pueden ser varios estados de cosas. Por ejemplo: el resultado de la acción (u omisión) de no pagar el sueldo es el sueldo no pagado. Mientras que las consecuencias pueden ser (entre otras) que el empleado no puede pagar el alquiler ni comprar la comida o los remedios para su hijo.

En principio toda acción fraudulenta es un acto de incumplimiento. Pero no todo acto de incumplimiento es una acción fraudulenta. Hay actos de incumplimiento que no son un fraude. Como no todo acto de incumplimiento es un acto fraudulento (o como hay actos de incumplimiento que no sean un fraude), resulta que el fraude a la ley es un tipo (o subclase) del incumplimiento. De lo que se trata es de mostrar las características de este tipo específico de incumplimiento que es el fraude a la ley.

Como en el fraude a la ley, el acto violatorio de la norma imperativa (o el desplazamiento de la legislación imperativa) se ejecuta a través de un acto, contrato o negocio (o, en términos generales, un negocio o medio idóneo), se considera entonces que el fraude a la ley es un acto o un negocio indirecto (o complejo).

Habría así dos tipos de incumplimiento o de acciones violatorias: una acción de incumplimiento directa y una acción de incumplimiento indirecta (donde se ubicaría, a su vez, la subclase del fraude a la ley). Por ejemplo: el empleador no paga el sueldo, así incumple con una de las obligaciones que le impone la LCT; se trata de una omisión, o sea: de no hacer o ejecutar el acto debido; y es una acción violatoria directa: no paga el salario. Pero distinto es el caso cuando la violación de la ley se produce por medio de un acto fraudulento. Como ejemplo recorro a un caso típico de fraude por simulación o simulación fraudulenta, a saber: el empleador simula un contrato de locación de servicios con su empleado. Por medio de la locación de servicios (el negocio simulado) el empleador oculta al negocio disimulado (al negocio desplazado) y así elude o evita a la ley

laboral o no aplica la ley laboral a la relación. Aquí se dice que la acción de incumplimiento (o acción violatoria) es indirecta.

En este sentido el fraude a la ley (el acto fraudulento) es el acto violatorio de la norma imperativa que se ejecuta por medio (o a través) de cualquier artificio, arte, ingenio, habilidad, disimulo, cautela, doblez, astucia, ardid, maña, sagacidad, maquinación, asechanza, engaño, o cualquier otro medio idóneo que oculta el incumplimiento a la norma de orden público.¹⁵

Esta doctrina del acto jurídico indirecto (o de entender al fraude a la ley como un acto jurídico indirecto) tiene sustento en el texto del Código Civil (2015) ya que en su art. 385 se dispone: “Acto indirecto. Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero.”

Cuando en el art. 385 del CCCN se usan las palabras “efectos de otro acto” se alude tanto a los cambios que tienen un nexo intrínseco o lógico con el acto como a las transformaciones causales que el mismo provoca (y que razonablemente se debieron o pudieron haber previsto).

En los Fundamentos al Código Civil (2015) sobre este nuevo texto se expone: “Como es sabido, en su esencia, el negocio indirecto consiste en recurrir a un acto jurídico determinado, para alcanzar a través de él, fines diversos de aquellos típicos de su estructura con el objetivo práctico de lograr un resultado ulterior al previsto para el tipo negocial empleado... Va de suyo, cuando el negocio indirecto está dirigido a eludir normas imperativas, es decir, cuando se lo emplea para lograr a través de una vía indirecta u oblicua los fines que no se pueden obtener directamente, el acto, en estas circunstancias, constituirá un supuesto de fraude a la ley que el Anteproyecto prevé expresamente en el artículo 12, disponiendo el sometimiento del acto, y sus efectos a la norma imperativa que se trató de eludir.”

¹⁵ Enrique Fernández Gianotti, en *Fraudes en el Derecho Laboral* (LL, 101-1015), dice que “La voz fraude, a estar a su raíz griega, connota quiebra, rompimiento, violación, daño... no es una transgresión o un “contra legem agere” franco, abierto, supone el empleo de medios indirectos, ardides, falacias, que produzcan apariencia engañosa.”

Estas nociones no son extrañas a la doctrina iuslaboralista. Justo López ya exponía que el fraude a la ley “Es la ingeniosa elección de caminos desviados para lograr que el incumplimiento de normas imperativas quede a salvo de toda sanción (responsabilidad) porque otras normas, mañosamente elegidas, parecen consentirlo.” Y agrega, en el mismo sentido del Digesto (1, 3, 29): “Actuar contra la ley es hacer lo que

prohíbe, pero actuar con fraude a la ley es *circumvenire legem* – la sustancia o espíritu de la ley- salvando sus palabras.”¹⁰

Mucho antes de la reforma al Código Civil Grisolía sostenía que “El fraude a la ley frustra la finalidad de la norma, aunque el negocio es real e indirecto y tiende a buscar un resultado similar al que la norma prohíbe. Se produce cuando, amparado en una disposición legal, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica.”¹¹

De la misma manera también se ha distinguido entre el acto de incumplimiento simple y el acto de incumplimiento complejo. El fraude a la ley sería una subclase del acto de incumplimiento complejo. Por ejemplo: un acto de incumplimiento simple es no abonar el salario; mientras que un acto de incumplimiento complejo es no regular la relación por la ley laboral porque el empleador simula una locación de servicios (o una beca o una pasantía) con su empleado.

El incumplimiento es complejo porque se considera que el objeto del acto (o de la omisión) es la violación de la ley integrado, a su vez, por el medio idóneo para ocultarlo. Se puede también sostener que el sujeto pretende o tiene el propósito de ejecutar el medio idóneo (o el negocio jurídico) que, a su vez, tiene por objeto o por consecuencia la violación de la ley imperativa (o que su efecto razonable o razonablemente previsto es la ley imperativa vulnerada o incumplida).

Quizás Justo López esté más cerca de considerar al fraude a la ley como un acto complejo. Es que dice: “En nuestra versión no sólo se reemplaza causa por objeto, sino que, además, lo que se persigue como objeto es un objeto complejo: el del negocio, típico o atípico, e insertando en él, el de la evasión de normas imperativas, que es lo que permitiría alcanzar, sin sanción o responsabilidad, el fin prohibido por las normas imperativas, por ejemplo, de no satisfacer los beneficios que le reconocen al trabajador.”

Y Justo López agrega (en un párrafo difícil) que “El negocio fraudulento es atípico aunque se estructure mediante el uso instrumental de un

¹⁰ Justo López, en López, Centeno y Fernández Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Buenos Aires, 1978, págs. 140 y 141.- Esta obra es el comentario (casi) oficial a la LCT y el más influyente de todos, de donde muchos toman ideas y frases aunque no indican su origen, algo cada vez más frecuente y notorio. Por ejemplo se dice que el trabajador es sujeto de preferente tutela según la doctrina de la Corte Suprema in re VIZZOTI (Fallos 327:3677, consid. 9º), pero la idea pertenece a Valente Simi que cita

Justo López en las páginas 122 y 123: “el principio de la tutela preferencial respecto al trabajador”, “tutela preferencial”.

¹¹ Grisolía, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 8va edición, 2003, pág. 171.-

negocio típico, por la complejidad de su objeto, que incluye –insertando en el del negocio instrumental típico o atípico- el objeto (efecto, fin) de evasión de normas imperativas: es atípico porque es evasivo, no siendo, sin embargo, aparente o simulado. Y su objeto complejo es ilícito porque incluye la evasión de normas imperativas y, consiguientemente, se opone a ellas.”¹²

En este último párrafo es claro que Justo López se refiere a un negocio fraudulento que no es una simulación. Este negocio indirecto o complejo es (en principio) un negocio típico. Su complejidad deriva de su objeto. Este negocio tiene el objeto propio del negocio típico pero además se agrega al mismo el “objeto (efecto, fin) de evasión de normas imperativas”. Se trataría de un negocio que tendría varios objetos. Por eso Justo López dice que el objeto es complejo o por eso se refiere a la complejidad del objeto. Entonces (o en definitiva) ya no es un negocio típico sino atípico. Es un negocio atípico porque “es evasivo”. Pero si bien es evasivo, no es, “sin embargo, aparente o simulado.” No es necesariamente un negocio simulado. Es un negocio fraudulento porque su objeto incluye la evasión, elusión o desplazamiento de la ley laboral. Y, entonces, el objeto de este negocio, en la medida que incluye “la evasión de normas imperativas”, es ilícito.

6.- EL ART. 14 DE LA LCT 20744.- El art. 14 LCT establece: “Nulidad por fraude laboral. Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.”

En la Ley 20744 de 1974 encontramos el mismo texto y bajo el mismo número 14. En la Exposición de Motivos de la Ley 20744 de 1974 se expresa: “En el artículo 14 se contemplan las consecuencias propias de los actos de fraude laboral, comprendiendo a toda vinculación que asumiendo formas contractuales no laborales, interposición de personas, etcétera, vaya dirigido a eludir las consecuencias de lo normado en la ley. Se ha preferido establecer una norma amplia con sólo alguna especificación, como la expresada, de modo de permitir la aplicación de la ley a la inagotable gama de formas de fraude y simulación utilizados. Declarada la existencia del acto de fraude, la relación no desaparece del mundo de la realidad y pasa a estar regida como forma laboral por la ley que se proyecta.”¹³

¹² Justo López, en López, Centeno y Fernández Madrid, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Buenos Aires, 1978, pág. 142.-

¹³ Ver Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 1974, Orden del día N° 3, impreso el día 30 de mayo de 1974, pág. 68; o Senado de la Nación, Contrato de Trabajo, Buenos Aires, 1974, pág. 41; o CGT, Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo, pág. 8; o en DT, 1974-992, pág. 993.-

A este texto Justo López le hace dos agregados que no adulteran el concepto normativo de fraude a la ley laboral, sino que, por el contrario, le dan pleno sentido a la protección pretendida. Los agregados los expongo entre paréntesis. La versión del texto de Justo López sería la siguiente, a saber: “Nulidad por fraude laboral. Será nulo (todo acto o) todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, (o sirviéndose de) interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.”¹⁴

El fraude a la ley es un tipo (o subclase) del incumplimiento a la ley. En este sentido el fraude laboral es una forma o manera variable, un modo o una modalidad de ejecutar el incumplimiento a la ley laboral. En adelante trataremos de mostrar algunas de las características general o relevantes de la figura (o del tipo) del fraude a la ley laboral.

En la figura o tipo legal del fraude a la ley laboral podemos señalar los siguientes elementos: 1.- la norma imperativa (o de orden público general o indisponibles para las partes de la relación laboral o del contrato de trabajo y de orden público laboral o disponibles sólo a favor del trabajador); 2.- una relación de empleo o contrato de trabajo; 3.- un negocio (acto, contrato, relación jurídica) fraudulento o, en términos más generales, un medio legal idóneo a través del cual se incumple la norma imperativa y se oculta ese incumplimiento; 4.- el incumplimiento (o desplazamiento) de la ley imperativa por medio del acto fraudulento; o sea: que a la relación de empleo no se le aplica la ley imperativa; 5.- el ocultamiento del incumplimiento de la ley imperativa por medio del acto fraudulento.

Una presentación similar de los elementos de la figura legal puede ser la siguiente: 1.- la norma imperativa; 2.- la relación de empleo (o negocio desplazado); 3.- el negocio desplazante (o negocio fraudulento); 4.- el incumplimiento de la ley imperativa (o que a la relación de empleo no se le rige por la ley imperativa); 5.- una relación de cobertura entre el negocio desplazante y el negocio desplazado.

A estas dos presentaciones les faltan las partes de los negocios. Las partes de los negocios son un elemento de la figura legal del fraude. En el negocio desplazado (que es la relación laboral) las partes son el empleador y el empleado. En el negocio desplazante (o fraudulento) las partes pueden ser el empleador y su empleado (como víctima del fraude cuando, por ejemplo, se simula una locación de servicios o una pasantía). También en el negocio desplazante las partes pueden ser el empleador y su testaferro (que aparece como empleador interpuesto en la relación laboral del real empleados con el empleado) y el empleado como víctima a quien se lo tiene registrado a nombre de la interpósita persona. Otro

¹⁴ Ver Justo López, en López, Centeno y Fernández Madrid, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Buenos Aires, 1978, págs. 144 y 145.-

caso: en el negocio desplazante las partes pueden ser el empleador y otro empresario y el empleado anotado por este último.

Las palabras “fraude laboral” o “fraude a la ley laboral” aluden tanto al acto fraudulento o desplazante (o, más precisamente, al acto que desplaza a la ley imperativa de la regulación de la relación de empleo) como al incumplimiento propiamente dicho de la ley imperativa.

El fraude laboral en cuanto acto y efecto (ya sea el resultado o la consecuencia del acto desplazante) se puede producir tanto en la celebración, como durante la ejecución o en la extinción del contrato de trabajo.²¹

El art. 14 de la LCT alude a “todo contrato”. Justo López agrega “todo acto”. El acto fraudulento puede ser también un conjunto de actos o de contratos. Por ejemplo: el contrato del real empleador con las sucesivas empresas intermediarias que aparentemente le proporcionan al empleado;

²¹ Por ejemplo: todo acto que tenga por objeto o por resultado (o consecuencia) hacer valer una interposición fraudulenta, ya sea al tiempo de la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo, es nulo, de nulidad absoluta e insanable por haberse celebrado con personas extrañas o ajenas a la relación de empleo, es inoponible al trabajador y, por ello mismo, no tiene por consecuencia establecer peores derechos a los reconocidos en la ley de contrato de trabajo (arts. 7, 8, 12, 13, 14 y cc LCT). Así debe decidirse con respecto a cualquier renuncia (de derechos que se atribuya al trabajador) o a cualquier “acuerdo” ante el Ministerio de Trabajo (o SECLO), que se quiera hacer valer contra el reclamo del trabajador. Ésta es doctrina de la CNAT. Al respecto señalo los siguientes casos: 1.- “La codemandada Suministra SRL alega que se habría soslayado que el actor le comunicó su renuncia al empleo el día 15 de diciembre de 1998, pero no rebate que dicha renuncia carece de toda validez como acto extintivo por haber sido dirigida a quien no era su verdadero empleador” (Sala IV, sent. 88097, 19-7-02, causa n° 27736/99, LANDRIEL JUAN CHRISTIAN C/ CITIBANK NA Y OTROS S/ DESPIDO); 2.- “...la renuncia que el actor pudo haber remitido a la empresa de servicios eventuales, no condiciona en nada la relación laboral que se suscitara entre su parte y la empresa en la que prestó servicios con carácter permanente, de modo que, aún cuando pueda asistir razón a la apelante en relación a la omisión de tratamiento de dicho extremo, lo cierto es que tal circunstancia no obsta a lo resuelto en grado, que mereciera la confirmación propuesta en el presente voto.” (Sala X, sent. 11750, 30-5-03, causa n° 21250/00, CAFFA ULISES LEONARDO ANIBAL C/ PLUS PACK SA Y OTRO S/ DESPIDO); 3.- “Otorgar eficacia al despido decidido por quien sólo ofició como tercero interpósito - Sitel Argentina- entre los verdaderos sujetos de la relación habida, en el caso entre el actor y Hewlett Packard Argentina SRL, y consecuentemente partícipe necesario del fraude, significaría avalar la situación orquestada

en perjuicio de la trabajadora. Por ello, la intimación practicada por el actor a la última de las nombradas se entiende realizada mientras la relación laboral se encontraba aún vigente, al carecer de eficacia el pretendido acto extintivo de Sitel Argentina que el trabajador intentara llevar a cabo primero, y como consecuencia de ello, procede también la indemnización reclamada con fundamento en el art. 8 LNE (del voto del Dr. Balestrini, en mayoría en CNAT, Sala IX, causa 1531/07 "COMBA, OSCAR ALBERTO C/HEWLETT

PACKARD ARGENTINA SRL S/DESPIDO, sd 29/06/12).-

y los sucesivos y aparentes contratos de trabajo del empleado con esas empresas intermediarias; y los recibos de sueldo que emiten esos intermediarios; y hasta la supuesta renuncia que debe remitir el empleado a la intermediaria (la consultora, la agencia o la contrata) cuando el real empleador (la supuesta empresa "usuaria") ha decidido cambiarla por otra.¹⁵

Hay dos tipos de fraude laboral: el fraude por simulación (o simulación fraudulenta) y el fraude por acto real. No necesariamente el fraude laboral se da por un acto simulado. El negocio fraudulento o desplazante no necesariamente debe ser un acto simulado para que haya fraude a la ley laboral. El negocio desplazante puede ser un negocio simulado o puede ser un negocio real (cierto, auténtico o verdadero). Cuando el negocio desplazante es una simulación decimos que se trata de un fraude por simulación o de una simulación fraudulenta. Cuando el negocio desplazante (o fraudulento) es un negocio real (cierto, auténtico o verdadero) que tiene por resultado o por consecuencia el desplazamiento de la ley laboral decimos que se trata de un fraude por acto real.

En este estudio trataremos de analizar a estos dos tipos de fraude: al fraude por simulación o simulación fraudulenta y al fraude por acto real. El fraude por simulación es el fraude más analizado. En general en derecho laboral se equipara a la simulación con el fraude a la ley. En derecho laboral la simulación sería siempre ilícita e implica el fraude a la ley.

Pero entiendo que debemos observar también la existencia de otro tipo de fraude que se da cuando el negocio desplazante no es una simulación (o un negocio simulado) sino un negocio real que tiene por resultado o consecuencia el desplazamiento de la ley imperativa o ley laboral. En el art. 14 LCT el legislador escribió que "Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido por simulación o fraude a la ley laboral", de donde podemos concluir que no todo fraude laboral es necesariamente una simulación sino que también el fraude se puede producir por medio de un acto real; o que debemos distinguir entre el acto de simulación que desplaza a la norma imperativa y el acto real que tiene por efecto (por resultado o por consecuencia) el referido desplazamiento.

¹⁵ Ver de Justo López, en López, Centeno y Fernández Madrid, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Buenos Aires, 1978, pág. 145.-

Podemos recapitular estos temas de la siguiente manera: el incumplimiento a la ley puede ser directo (o simple) e indirecto (o complejo). El incumplimiento indirecto (o complejo) es el fraude genérico a la ley. Y este fraude genérico lo podemos dividir en dos conjuntos: el fraude por simulación (o simulación fraudulenta) y el fraude por acto real.

Cuando en el art. 14 de la LCT se usan las palabras “fraude laboral” o “fraude a la ley laboral” con ellas se alude al fraude a la norma laboral cualquiera sea su fuente u origen: un acto unilateral del patrón; las costumbre o usos de la empresa; un acuerdo entre las partes; un acuerdo colectivo; una resolución ministerial, un decreto del poder ejecutivo, una ley o una sentencia; o de cualquier otro origen. Así para Fernández Gianotti es claro que “Se emplea la expresión simulación o fraude a la ley por ser el supuesto común, pero nada impide que se trate de derechos de orden público emergentes de una convención colectiva o laudo con fuerza de tal (art. 8 LCT), costumbre o uso de empresa (arts. 1.e y 17 LCT).” Es más: “Los mejores derechos emergentes del acuerdo de partes o del acto colectivo concordado sin fuerza de convención colectiva (ley 14250) también entran en la protección contra el fraude, por tratarse de instituciones del derecho del trabajo que son las que, en esencia, revisten el carácter de orden público.”¹⁶

Los medios para el incumplimiento de la ley imperativa y para su cobertura u ocultamiento conforme al texto del art. 14 de la LCT es la apariencia de “normas contractuales no laborales”, el uso de la “interposición de personas” o la utilización “de cualquier otro medio”. Como ejemplo de cualquier otro medio se da la simulación de normas contractuales laborales in peius del trabajador; la simulación de una cooperativa donde el empleado aparece como socio cooperativista; la intermediación (art. 29 LCT) para enmarcar la relación en un régimen no laboral o laboral in peius del trabajador; el uso de empresas subordinadas (art. 31 LCT); entre otros medios que trataremos de mostrar en este pequeño estudio.

Los efectos jurídicos del fraude laboral son la anulación del acto fraudulento y que la relación de empleo (desplazada de la regulación de la ley imperativa por el acto fraudulento) quede regida por la ley del trabajo.

¹⁶ Ver de Fernández Gianotti Incorporación de los Principios del Fraude Laboral a la Ley de Contrato de Trabajo (en DT, 1975-255). La razón para sostener que el trabajador por medio del fraude patronal no puede perder ni siquiera aquellos derechos que son renunciables, es que de aceptarse tal consecuencia, la misma se habría alcanzado por medio de un acto con causa ilícita “en la cual el empleador no podría basarse para obtener una ventaja. Del mismo modo, si se trata, con los efectos de la declaración de fraude, de reconstruir una relación laboral, los derechos emergentes de la misma han de ser atribuidos al sujeto protegido en toda su extensión, abarcando aquella porción en que se supera el mínimo legal coactivo.”

El art. 14 lleva por título “nulidad por fraude laboral”. El art. 14 LCT dispone que será nulo el acto fraudulento. Por último el legislador establece que en este caso (o declarado nulo, o anulado o descalificado el acto fraudulento), la relación de empleo “quedará regida por la ley”. Cuando el legislador usa la palabra “relación” alude a la relación de empleo o contrato de trabajo. Cuando el legislador usa las palabras “por esta ley” se refiere a las fuentes de regulación del contrato de trabajo y la relación de trabajo que son (como mínimo) la Constitución nacional, los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema, los COIT, y las señaladas en el art. 1º de la Ley 20744 como así también las que tienen origen en el derecho común en la medida que reconozcan mejores derechos a favor del trabajador.

6.1.- El fraude laboral como una figura objetiva.- En las presentaciones generales no incluimos el elemento subjetivo; o sea no incluimos ni la intención de incumplir con la ley imperativa ni la intención de ocultar o encubrir ese incumplimiento por medio del negocio fraudulento (desplazante o de cobertura), ya que consideramos que, en definitiva, la figura del fraude es objetiva o que el fraude a la ley es objetivo, lo que significa o equivale a decir que la violación a la ley laboral es (como mínimo) una consecuencia causal del negocio desplazante (o de cobertura), o que no es necesario exigir la intención de violar la ley laboral por medio del negocio de cobertura para identificar al fraude a la ley sino que, sólo y exclusivamente, es suficiente con que la ley imperativa haya sido desplazada o no usada para regir la relación de empleo existente cuando al mismo tiempo se la regula por otro negocio legal in peius a los derechos del trabajador.

Fernández Gianotti dice: “El fraude ha de surgir objetivamente de la mera confrontación de los actos con la voluntad de la ley, pero obrará como elemento decisivo para el encuadramiento objetivo, la presencia de una intención fraudulenta.”¹⁷ Pero luego de la sanción de la ley 20744 dirá claramente que “para que caiga el acto atacado, en los términos del art. 14, no hace falta que exista el ánimo de valerse de la simulación o del fraude como medio de llegar a una renuncia o desconocimientos de derechos. Nos reafirmamos en la posición objetiva: o el acto es conforme a la voluntad de ley, en su real significado, o importa violarla, aunque no concurra la intención fraudulenta.”¹⁸

Otra forma de analizar el mismo tema puede ser la siguiente. Si no concurre la intención fraudulenta el fraude a la ley laboral es una figura objetiva. ¿Qué quiere decir que el fraude a la ley laboral es una figura objetiva? Quiere decir que para determinar que un negocio es un fraude a la ley laboral (o para identificar un fraude a la ley laboral) contamos con alguna regla que define un criterio o elemento objetivo (o sin recurrir a la

¹⁷ Enrique Fernández Gianotti, *Fraudes en el Derecho Laboral* (LL 1011015).

¹⁸ Enrique Fernández Gianotti, *Incorporación de los Principios del Fraude Laboral a la Ley de Contrato de Trabajo*, DT 1975-255.-

intención o voluntad de la persona). Este criterio es el desplazamiento de la ley imperativa en la regulación de la relación de empleo que causa el acto legal de cobertura. Aquí no se necesita considerar que el agente ha tenido intención de desplazar la ley imperativa ni de cubrir ese desplazamiento. Basta con el acto tenga estas consecuencias prohibidas, aunque el mismo acto haya sido ejecutado con otras intenciones lícitas (o no prohibidas por la ley).¹⁹

Así podría ser un simple acto lícito que, según el art. 258 del CCCN, “es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Un acto voluntario (o ejecutado con discernimiento, intención y libertad: art. 260 del mismo código). Y, en definitiva, un acto jurídico que, según el art. 259 del CCCN, “es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Pero que, a pesar de ser un acto jurídico (art. 259 del CCCN), tiene por consecuencia causal (y aquí está el elemento objetivo) el desplazamiento de la ley imperativa de la regulación de la relación de empleo y el ocultamiento de esta violación.

El fraude a la ley vale insistir es el fraude a la ley imperativa que, en la materia que aquí nos ocupa, es el orden público y el orden público laboral. En el fraude a la ley se incumple la ley imperativa por medio de un negocio legal que además oculta ese incumplimiento. Sobre esta base resulta que, comprobada la existencia de la relación de empleo, que la misma no está regulada por la ley laboral sino por otro régimen legal (como el civil, o la ley de pasantías, o una norma laboral de menor protección al dependiente) que opera como un biombo o mampara, queda identificado el fraude a la ley, procede su anulación y su reemplazo o sustitución de pleno derecho por la norma imperativa laboral (arts. 7, 8, 13, 14 y cc LCT).

De la misma manera en el art. 12 del CCCN encontramos una regla que define un criterio o elemento objetivo para identificar al fraude a la ley, a saber: el acto legal debe tener un resultado sustancialmente análogo al prohibido por la ley imperativa. En la medida que se da esta

¹⁹ En este sentido el art. 1722 del CCCN dispone: “Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.” Así basta con que la culpa sea irrelevante: puede existir pero es irrelevante. El art. 1723 dispone: “Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.” El resultado determinado es el cumplimiento de la ley laboral, por ejemplo: el empleador debe registrar la relación de empleo; o debe aplicar el convenio colectivo; de modo tal que si estos hechos no se dan, estamos en presencia de la responsabilidad objetiva del deudor.

analogía en los resultados (o entre el resultado del acto prohibido y, como mínimo, la consecuencia del acto legal de cobertura) estamos en presencia de un fraude a la ley (sin recurrir a la intención o voluntad del sujeto).

7.- EL FRAUDE POR SIMULACION.- En derecho civil se distingue (al estudiar la simulación) entre el acto simulado, el acto disimulado y el acuerdo simulatorio (o simulador). Quizás si vemos estos conceptos tal cual los presenta un jurista del derecho civil, podamos acercarnos a la idea de la simulación fraudulenta en el derecho del trabajo.

Por ejemplo para Zannoni el acto simulado es el negocio aparente o el aspecto externo del proceso de simulación con el que se oculta la real intención de las partes²⁰, mientras que el acto o negocio oculto o disimulado es el acto encubierto (tapado) por el acto simulado; el acto disimulado se trata del acto o negocio realmente querido por las partes.²¹ A su vez para el derecho civil Zannoni considera que el acuerdo simulatorio (o simulador) es el convenio arribado entre las partes de no dar al acto simulado los efectos que, conforme a la ley, debe producir.²⁹ Desde esta perspectiva, entonces, el acto simulado no es más que la ejecución del acuerdo simulador.²²

Veamos los ejemplos que pone Zannoni para ilustrar las nociones de acto simulado, acto disimulado y acuerdo simulatorio. El ejemplo típico de una simulación relativa es el ocultamiento de una donación por medio de una compraventa. La compraventa es el acto simulado, no querido entre las partes. La donación es el negocio disimulado por la compraventa. Y entre el donante (que aparece como el vendedor) y el donatario (que aparece como el comprador) hay un acuerdo simulatorio que consiste en el convenio de simular (de ocultar) la donación por medio de la compraventa, o de no darle a la compraventa los efectos que posee según la ley sino los de una donación. Se trata de una simulación relativa porque detrás del acto aparente, hay un acto real, ello conforme al art. 956 del Código Civil (de Vélez) donde se distingue entre la simulación absoluta y la relativa, disponiéndose que es “relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.”²³

En el mismo art. 956 se dispone que “La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real.” Así hay un

²⁰ Ver de Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Buenos Aires, 1986, pág. 351.-

²¹ Zannoni, ob. cit, págs.. 353, 354.-

²⁹ Zannoni, ob. cit., págs.. 352, 353.-

²² Zannoni, ob. cit., pág. 353.-

²³ Este texto (hasta donde entiendo) no se encuentra en el Código Civil (2015) pero aquí lo mantengo porque me es útil a los fines de la exposición.-

acto simulado que no oculta un acto disimulado: detrás del acto simulado no hay un acto disimulado, no hay nada. Como ejemplo de una simulación absoluta Zannoni pone la transferencia ficticia que de sus bienes realiza una persona a favor de otra, para sustraerlos de la acción de sus acreedores. La compraventa es el acto simulado; entre el vendedor y el comprador hay un acuerdo simulatorio por el cual convienen en llevar a cabo la transferencia ficticia; pero no hay ningún acto disimulado o que sea el verdadero negocio ejecutado entre las partes, como en el caso de la donación ocultada por la compraventa.

En los términos que son definidos por la doctrina civilista (por lo menos en la versión de Zannoni) considero que estos conceptos de acto simulado, acto disimulado y acuerdo simulatorio no son utilizables (sin más) en el derecho laboral o no son aplicables a la relación de empleo. Pueden ayudar para darnos una idea de la simulación. Pero para su uso en el derecho del trabajo (y para la comprensión del art. 14 de la Ley 20744) deben ser redefinidos o adaptados.

Si por acto simulado entendemos al negocio aparente (o que aparece) y con el que se encubre la verdadera intención de las partes, es claro que así esta noción no es aplicable en el derecho del trabajo. ¿Por qué decimos esto? Porque en materia de derechos sociales, el empleado no es parte del acto simulado. Al empleado se lo hace participar, se lo usa o se aprovecha de él. Hay una explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia del trabajador (conforme a los términos del art. 332 del CCCN o art. 954 del Código Civil cuando regula la lesión subjetiva).

Cuando el empleador simula una locación de servicios, el empleado que aparece como un trabajador independiente (o monotributista) no es una de las partes del negocio con el que se encubre la verdadera intención de todas ellas. No es así.

Por ello es que decimos que el concepto civilista de acto simulado debe ser reformulado. En el derecho social por acto simulado podemos entender al acto, contrato o negocio aparente o que se hace aparecer para ocultar la verdadera relación laboral habida entre el empleador y su dependiente o la verdadera regulación laboral aplicable a esa relación.

El acto simulado puede ocultar la verdadera relación laboral habida entre el empleador y su dependiente. Un ejemplo de ello es cuando se simula una pasantía universitaria para ocultar una relación de empleo. Otro ejemplo es cuando se simula una locación de servicios para ocultar una relación de empleo. Otro ejemplo es cuando se simula una cooperativa y se hace aparecer al empleado como socio cooperativista cuando en realidad no lo es.

También el acto simulado puede ocultar la verdadera regulación laboral aplicable a la relación de empleo. Hay una relación de empleo. Pero a esa relación de empleo no se le aplica la regulación laboral debida sino otra regulación laboral con menos derechos a favor del trabajador. Un

ejemplo: un banco (o entidad financiera) registra algunas relaciones de empleo a nombre de sucesivas empresas intermediarias que aparecen como proveedoras de recursos humanos; con cada cambio de empresa intermediaria se aparente un nuevo contrato de trabajo; a esas relaciones de empleo no se les aplica el convenio colectivo de los bancarios (que se aplica al personal registrado por el banco) sino, por ejemplo, el convenio de comercio.

Otro ejemplo: un banco (o entidad financiera) subcontrata algunos de sus trabajos o servicios; esos trabajos o servicios se encuentran regulados por el convenio colectivo de los bancarios (y que se aplica en el banco en cuestión a su personal); el contratista o subcontratista de esos trabajos o servicios no aplica al personal que presta esos trabajos o servicios ningún convenio colectivo o aplica el convenio colectivo de los empleados de comercio. Aquí, bajo la hipótesis de una subcontratación se desplaza la ley imperativa laboral y hay fraude a la ley laboral.

Lo mismo acontece con el concepto de acto disimulado si por éste entendemos al acto o negocio que, tapado por el acto simulado, es el negocio realmente querido por las partes. En estos términos esta noción no es aplicable en el derecho del trabajo. Me parece que no podemos decir que el acto disimulado sea el negocio realmente querido por las partes. Es harto dudoso que el empleador quiera realmente el negocio disimulado. El negocio disimulado es el contrato de trabajo. El empleador no quiere ser parte del contrato de trabajo. Es porque no lo quiere, que desplaza a la ley imperativa y hace aparecer el acto simulado para ocultar su incumplimiento a la ley.

Con ello no niego que el empleador quiera la prestación de servicios del dependiente, pero ello no significa que consienta que esos servicios (o que su relación con el trabajador) se deba regular por la legislación del trabajo. Esto último no es la real voluntad del empleador. De aquí que la ley laboral sea imperativa (*ius cogens*) y que se le imponga de pleno derecho, automáticamente, o *ipso iure*, a la relación de empleo o de servicios dependientes. Sobre esta base, típica del derecho social, me parece que podemos entender que el acto o negocio disimulado es el acto ocultado, tapado o escondido por el empleador; es la verdadera relación de empleo que se debe regir por la norma laboral imperativa que ha sido desplazada.

También el concepto de acuerdo simulador (por lo menos en la versión civilista de Zannoni) debe ser puesto en duda en el derecho de trabajo. En principio se puede sostener que no hay un acuerdo simulador entre el empleador y el dependiente. El trabajador es la víctima, el perjudicado por el desplazamiento de la norma imperativa. Pero tampoco se puede considerar que el empleador sea parte de un acuerdo simulador con su dependiente que tenga por objeto no dar al acto simulado los efectos que, conforme a la ley, debe producir. Esta no es (ni puede ser) la real voluntad del empleador que ha montado la simulación y que sostiene (y debe sostener) al acto simulado: para el empleador el acto simulado debe

producir sus efectos conforme a la ley, porque si el empleador no sostiene al acto simulado, si el acto simulado no produce los efectos de la ley y si, además, se cae (o es declarado nulo), entonces aparece o queda al descubierto la real o verdadera relación de empleo que debe ser regida por la norma laboral imperativa. Por ello, en derecho del trabajo, a los fines de caracterizar a la simulación fraudulenta, más que aludir a un acuerdo simulatorio entre el empleador y el trabajador, hay que considerar la existencia de una imposición patronal de la simulación.³²

Sin embargo no soy de la idea que haya que descartar totalmente al concepto de acuerdo simulador en el derecho social. Pero para ello lo debemos reformular a los caracteres de la relación de empleo y a los fines del derecho laboral. La reformulación podría ser de la siguiente manera, a saber: el real empleador hace aparecer en su lugar a una persona interpuesta; el acto simulado consiste en aparentar la figura del empleador (o de un falso empleador); el acto disimulado es la figura del real empleador y la relación de empleo o el contrato de trabajo con su dependiente; mientras que el acuerdo simulador es el convenio entre el real empleador y la persona interpuesta por el cual se instituye a éste como empleador de los trabajadores de aquél.

³² Sobre la simulación Julio Armando Grisolia dice que “Su finalidad es ocultar una relación o un acto verdadero para producir una situación jurídica aparente, privando al trabajador de sus derechos y eludiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales.” (ver Grisolia, ob. cit., pág. 172).-

Uno de los medios idóneos para incumplir la ley imperativa es el disimulo.²⁴ De ser esto así se trataría de un fraude por simulación o de una simulación fraudulenta. Lo expuesto coincide con el art. 14 LCT que ubica a la simulación al tratar la “nulidad por fraude laboral”. Sobre la base del texto del art. 14 se puede afirmar que mientras la simulación es un tipo de fraude laboral, no todo fraude a la ley laboral se ejecuta por medio de un acto simulado. Hay otros fraudes diferentes a la simulación fraudulenta porque hay otros medios de ocultamiento o desplazamiento de la ley imperativa (diferentes al disimulo) a través de los cuales se ejecuta el incumplimiento a la ley laboral (o el acto ilícito o antijurídico laboral). El fraude y la simulación no son conceptos equivalentes.

En el caso de la simulación fraudulenta o del fraude por simulación la simulación (en cuanto acto simulado) opera como un medio idóneo (ardid,

²⁴ Enrique Fernández Gianotti, Fraudes en el Derecho Laboral (LL 1011015), sostiene que “En el plano laboral, el acto simulado puede ser un medio para cometer fraude.”

astucia o maquinación) para, en definitiva, desplazar la aplicación de la ley laboral a la relación de empleo y ocultar el incumplimiento. En la simulación fraudulenta estamos ante un incumplimiento a la ley imperativa que se simula (u oculta) por medio de otro acto simulado. Este acto simulado no se ejecuta por los resultados típicos que para él prevé el régimen jurídico sino, sólo y exclusivamente, por su habilidad para encubrir, tapar (o disimular) una relación de empleo, la aplicación de determinadas normas laborales a una relación de empleo y, en definitiva, para ocultar el incumplimiento a la ley laboral.

7.1.- El fraude y la simulación absoluta y relativa (en derecho laboral). Y la apariencia de normas contractuales no laborales y laborales in peius del trabajador.- En el art. 333 del Código Civil (2015) se dispone: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.”²⁵

Este texto del Código Civil puede ser útil para distinguir entre la simulación absoluta, la simulación relativa total y la simulación relativa parcial, dentro del derecho laboral. Decimos que la simulación es absoluta cuando la simulación (o, más precisamente, el acto simulado) encubre el carácter laboral del contrato (o de la relación laboral) bajo la apariencia de otro negocio no laboral. Lo expuesto coincide con lo establecido en el art. 14 LCT: es el proceder “aparentando normas contractuales no laborales”. En la simulación absoluta hay un desplazamiento total o completo de la norma imperativa de modo tal que la relación de empleo queda regulada por un régimen que reconoce al trabajador peores derechos que los establecidos por la legislación del trabajo.

Los ejemplos más comunes de “normas contractuales no laborales” son la locación de servicios y las pasantías universitarias.

La simulación relativa es total cuando se encubre un real contrato de trabajo por medio de otro aparente contrato de trabajo donde se reconocen peores derechos al trabajador que en el contrato verdadero: así se procede aparentando normas contractuales laborales que son peores que las reales normas contractuales laborales que rigen la relación. Aquí no hay un total desplazamiento de la norma laboral imperativa. No es una simulación absoluta sino una relativa y total donde se desplaza la norma laboral por otra norma laboral de menor protección al trabajador.

Por ejemplo se aparenta un contrato de trabajo a tiempo parcial (art. 92 ter LCT) cuando el contrato de trabajo es a jornada completa. Otro

²⁵ Era el art. 955 del Código Civil de Vélez.-

ejemplo: se aparenta un contrato de trabajo para el personal de casas particulares (Ley 26844) cuando la persona presta servicios de limpieza en un negocio o en una oficina; o cuando la persona presta servicios administrativos en un negocio y se registra su relación laboral como servicio doméstico. En estos dos últimos ejemplos el contrato de trabajo no debería estar regulado por la Ley 26844 sino por la LCT 20744 y (en general y como mínimo) por el convenio colectivo de comercio (CCT 130/75 y sus escalas salariales).

Vuelvo sobre el texto del art. 14 de la LCT para insistir que el fraude por simulación no sólo se da “aparentando normas contractuales no laborales” sino también cuando se aparentan normas contractuales laborales in peius del trabajador.³⁵ Así, por ejemplo, cuando se lo hace figurar a tiempo parcial cuando cumple jornada completa (art. 92 ter LCT); cuando aparece bajo la modalidad de contrato a plazo y en verdad está bajo la modalidad de contrato por tiempo indeterminado (arts. 93, 94 LCT); o cuando se lo inscribe bajo la modalidad del contrato de trabajo eventual y se encuentra en realidad bajo la modalidad del contrato por tiempo indeterminado (arts. 29 bis, 90 a 92 y 99); o cuando se encubre un despido directo por medio de una rescisión por mutuo acuerdo (arts. 241, 245, LCT).

La simulación relativa es parcial cuando el acto simulado encubre una parte o un elemento del contrato de trabajo, tales como: el sujeto empleador, la fecha de ingreso (o antigüedad: art. 18 LCT), o la remuneración, entre otros.

Por ejemplo: la relación de empleo no se registra desde su real fecha de inicio (o fecha de ingreso) sino desde una fecha posterior. Desde el ingreso y durante un período la relación de empleo estuvo sin registrar (estuvo en

³⁵ Recordemos que en el iuslaboralismo argentino la expresión “normas contractuales no laborales” tiene inspiración en el trabajo de Enrique Fernández Gianotti, quien (en *Fraudes en el Derecho Laboral*, LL 101-1015) titula un apartado con las siguientes palabras: “adopción de figuras contractuales no laborales”. Con relación al texto del art. 14 LCT dirá que “también la simulación puede consistir en adoptar figuras laborales –la ley sólo alude a las no laborales- que no se correlacionan con la realidad, como es el caso del peón de campo a quien se lo hace figurar como trabajador doméstico, para eludir la aplicación del estatuto que lo ampara.” (en DT, 1975-257).- “negro”). La fecha de registración es la fecha de “blanqueo” y es posterior a la fecha de ingreso.

8.- LAS CONTRATACIONES REGULADAS EN EL CCCN.- La Ley 27742 (en su art. 88) sustituye el texto del art. 2 de la LCT. La principal modificación consiste en establecer (en su inciso “d”) que las

disposiciones de la LCT no serán aplicables “A las contrataciones de obra, servicios, agencias y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.”

El inciso d) del art. 2 es, en principio, una disposición superflua. ¿Por qué? Porque el contrato de trabajo y la relación de empleo se rigen (como lo ordena el art. 1.a de la LCT) por la LCT. Y el CCCN no regula ni al contrato de trabajo ni a la relación de empleo.

Así también surge del mismo CCCN. Por ejemplo, para el contrato de suministro: el suministrante puede obligarse a entregar (sic) “incluso servicios sin relación de dependencia” (art. 1176 CCCN); o sea: el suministrante se puede obligar a suministrar servicios pero los mismos deben ser independientes. Para las obras y servicios el art. 1252 del CCCN dispone que “Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas de derecho laboral.” En el art. 1479 del CCCN cuando se define al contrato de agencia se establece (como una de sus características) la ausencia de relación laboral: “sin que medie relación laboral alguna”; o sea: hay contrato de agencia cuando el agente se obliga a promover negocios por cuenta del preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, mediante una remuneración. El art. 1520 se dispone que las partes del contrato de franquicia son independientes y que “no existe relación laboral entre ellas.” Y en el inciso b del art. 1520 se agrega que “los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral.”

Entonces las contrataciones del CCCN según lo dispone el mismo CCCN no rigen al contrato de trabajo, a la relación de empleo, o a los servicios u obras prestados bajo relación de dependencia. En los arts. 1176 y 1252 del CCCN se usan las palabras “relación de dependencia”. La delimitación entre las contrataciones regidas por el CCCN y la LCT parecería que se encuentra en determinar qué significan esas palabras, o el concepto de relación de dependencia.

La palabra “dependencia” se usa en los art. 21, 22 y 99 de la LCT. También aparece en los arts. 175 y 226 pero en el sentido de lugar o área de la empresa. Las palabras “relación de dependencia” se usan en los arts. 27 y 253 de la LCT. En la LCT no se define a la relación de dependencia o a las palabras “relación de dependencia”. No digo que no se pueda presentar una doctrina sobre la dependencia laboral o la relación de dependencia según el texto o a partir del texto de la LCT. Pero no hay una definición.

Tampoco en la LCT se establece expresamente (o literalmente) que en el contrato de trabajo o en la relación de empleo la dependencia está dada por la subordinación técnica, jurídica y económica del trabajador al empleador. Aquí tampoco sostengo que esta conocida doctrina sobre la relación de dependencia laboral no se pueda sostener en el texto de la LCT sino que en esta ley no se la encuentra literalmente expuesta.

Dentro del tema de los trabajadores independientes con colaboradores, en el art. 97 (último párrafo) de la Ley 27742 se dispone que “El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda.”

De esta forma en la Ley 27742 se incorpora una versión de esa conocida doctrina sobre la relación de dependencia laboral. De acuerdo al art. 97 de la Ley 27742 la relación laboral se caracteriza por tener tres notas típicas, que son la subordinación técnica, jurídica y económica del empleado al empleador. Por ello y siempre según el art. 97, si falta alguna de esas notas típicas no habría relación laboral sino una relación independiente.

Pero esto así no puede ser. En el art. 97 de la Ley 27742 se realiza un uso absolutamente equivocado de la referida doctrina de la relación de dependencia laboral. No se puede considerar que todas las notas típicas tienen la misma importancia. Son más características de la relación laboral la subordinación económica y la jurídica que la técnica. Quien presta los servicios puede poseer una gran autonomía en el ejercicio de su arte, lo que puede hasta eliminar la subordinación técnica, sin que por ello deje de ser un empleado dependiente del empresario por estar económica y jurídicamente subordinado a éste.²⁶

De modo tal que no se puede considerar que, con sólo la ausencia de una de las notas típicas de la relación laboral (y que serían según el art. 97 de la Ley 27742 la dependencia técnica, la jurídica o la económica) estamos en presencia de una relación independiente. Así no es. Así no puede ser.

La doctrina de la relación de dependencia laboral (en general) ha sido muy mal expuesta y analizada por el iuslaboralismo nacional. No la han expuesto con precisión. No han analizado sus diferentes partes ni las relaciones entre las mismas. Y mucho menos han estudiado las consecuencias de la doctrina.

El art. 14 bis de la CN manda proteger al trabajo en sus diversas formas. Y ante ello ¿qué hace el iuslaboralismo? Usa la doctrina imprecisa de la relación de dependencia laboral y exige que la prestación de servicios posea tres requisitos (la subordinación técnica, la jurídica y la

²⁶ Si la legislación asegurara al trabajador (o a la persona que trabaja), como lo ordena el art. 14 bis de la Constitución, el control de la producción y la colaboración en la dirección, disminuiría proporcionalmente la dependencia jurídica. Con el derecho a la participación en las ganancias se podría, a su vez, reducir la dependencia económica.

económica) para que se le brinden las protecciones de la LCT. De esta manera abre el juego para que, ante la falta de una de estas notas típicas, se considere que la relación es independiente y que por ello no está regulada por la LCT.²⁷

Sobre la base del art. 14 bis es claro que la doctrina de la dependencia laboral (tan mal expuesta por el iuslaboralismo argentino) es inconstitucional al mismo tiempo que la misma descalificación merece el art. 97 (por lo menos en su último párrafo) aquí en análisis.

La delimitación de las regulaciones del CCCN y de la LCT no puede estar definida en los términos de la doctrina de la relación de dependencia laboral ni tampoco como está expuesta en el último párrafo del art. 97 de la Ley 27742.

Pero supongamos que la doctrina de la relación de dependencia laboral está bien formulada por el iuslaboralismo nacional y que el último párrafo del art. 97 de la Ley 27742 es constitucional. Aquí se plantea la cuestión de eliminar cualquier interpretación restrictiva de la doctrina y del texto del art. 97 de la Ley 27742 cuando expresa que la relación es independiente si se encuentra ausente alguna de las tres notas típicas de la relación laboral y que son la subordinación técnica, la jurídica o la económica. En definitiva se trata de eliminar cualquier interpretación restrictiva (o cualquier doctrina restrictiva) que tenga por objeto o por resultado (o consecuencia) la desprotección del trabajo en grave incumplimiento al mandato del art. 14 bis de la ley suprema.

Pienso que para ello hay que ponerle el acento en la última oración del último párrafo del art. 97 de la LCT cuando condiciona el uso de la doctrina de la relación de dependencia laboral “al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda.” Entonces no resulta que estamos en presencia de una relación independiente cuando falta alguna de las tres notas típicas de la relación laboral, sino que bien puede corresponder que se considere que estamos ante una relación laboral “de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión” aunque falte alguna de las tres notas típicas de la relación laboral o alguna de ellas se de en menor medida que las otras en las diferentes actividades, oficios o profesiones.

Así la ausencia de alguna de las tres notas típicas de la relación laboral no excluye la aplicación de la LCT si “de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión” no corresponde su eliminación, descarte o separación del conjunto.

En la medida que las palabras “relación de dependencia laboral” o el concepto de relación de dependencia laboral aparece en el CCCN y

²⁷ Me ocupo de estas cuestiones en Derechos Humanos, Contrato de Trabajo, Locación de Servicios Y Protección al Trabajo (Anotaciones a partir de la doctrina de la Corte Suprema), Buenos Aires, 2019.-

delimitan el ámbito de aplicación del CCCN y de la LCT o de las regulaciones civiles (comunes) y laborales (sociales), es claro que su entendimiento se debe realizar sobre la base de los principios constitucionales o (en otras palabras) por medio o a través del tamiz de la doctrina política republicana y de los derechos humanos para así no desproteger al trabajo en sus diversas formas. Sobre esta base es claro que se trata entonces de laboralizar a las contrataciones del CCCN (sobre la prestación de servicios independientes) más de “civilizar” a las prestaciones dependientes que regula la LCT.

Pero ante ello puede resultar que el inc. d del art. 2 de la LCT (conforme al texto establecido por el art. 88 de la Ley 27742) no sea superfluo como habíamos sostenido al principio de este comentario sino que tenga algún sentido. El art. 2.d de la LCT puede querer ordenar categóricamente que no se usen las disposiciones de la LCT para, por analogía o por extensión, regular algunos aspectos de las contrataciones de obra, servicios, agencia y cualquier otra regulada por el CCCN para ampliar sus protecciones.²⁸

En este estudio sobre el fraude a la ley laboral subrayo que el art. 2.d de la LCT no excluye que por el uso de las contrataciones de obra, servicios, agencia y cualquier otra de las reguladas en el CCCN se incurra en un fraude laboral. Que en el art. 2.d de la LCT se establezca que las disposiciones de la ley laboral no son aplicables a todas las contrataciones del CCCN, no significa que las figuras legales del CCCN que regulan contrataciones no puedan ser usadas en fraude a la ley laboral.

Tan es así que el mismo legislador de la Ley 27742 ha previsto que “Si conforme sentencia judicial firme, la relación laboral se encontrara enmarcada erróneamente como contrato de obra o servicios, de la deuda que determine el organismo recaudador, se deducirán los componentes ya ingresados conforme al régimen del cual se trate.” (art. 85 que incorpora el art. 7 quáter a la Ley 24013).

Aquí también (y en paralelo) se debe considerar que si la relación laboral se enmarcó erróneamente como un contrato de obra o servicios y el trabajador por ello debió pagar impuestos al gobierno, entonces (y para el caso que el empleado los haya pagado) el empleador deberá también ser condenado a devolverle esos tributos (o el equivalente a los mismos) en moneda actualizada y con más sus intereses. Esto es básico máxime lo establecido en el art. 76 de la LCT (con respecto al reintegro de gastos y el resarcimiento de daños): “El empleador deberá reintegrar al

²⁸ Que hay que “laboralizar” más que “civilizar” las relaciones de trabajo (en el sentido que hay que usar algunas de las protecciones establecidas a favor del trabajador dependiente para asegurar también al trabajador independiente) lo propongo en Derechos Humanos, Contrato de Trabajo, Locación de Servicios Y Protección al Trabajo (Anotaciones a partir de la doctrina de la Corte Suprema), Buenos Aires, 2019.-

trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo.” Lo expuesto tiene además sustento en el principio de indemnidad (art. 19 CN, ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema).

9.- EL FRAUDE POR ACTO REAL.- El fraude por acto real se distingue de la simulación fraudulenta. En el fraude por acto real el acto de incumplimiento a la ley imperativa se ejecuta (y se oculta) a través de un negocio real.²⁹ Cuando en el art. 14 de la Ley 20744 se escribe “fraude a la ley” se alude a un subtipo de fraude que es diferente a la simulación: que es un fraude que se ejecuta por medio de un negocio real. Ello también tiene sustento cuando (en el mismo art. 14) el legislador se refiere a “cualquier otro medio”. De esta forma se da cuenta de la Ley 20744 cuando en su art. 14 expresa que “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral.”

Hay un negocio entre el empleador con un tercero a la relación de empleo (otro empresario), que es un negocio real, verdadero, que tiene valor por sí mismo, que tiene valor autónomo, o que es un negocio querido como tal por las partes, que tiene por consecuencia (causal) el desplazamiento de la norma laboral imperativa por otra norma de menor grado de protección al trabajador. El elemento objetivo consiste en el desplazamiento de la norma laboral imperativa por otra norma (laboral o no laboral, imperativa o no imperativa) de menor nivel o grado protectorio de los derechos e intereses del trabajador.

Decimos que el negocio es real, verdadero, o que vale por sí mismo, o que tiene valor autónomo porque las partes que lo celebran (el empleador y el otro empresario) tienen el propósito o la intención que produzca los efectos típicos del negocio (ya estén establecidos por la ley o fijados o convenidos por las partes). Cuando este negocio real tiene por consecuencia (causal) el desplazamiento de la norma laboral imperativa por otra norma de menor nivel protectorio, decimos que se trata de un acto fraudulento o de un fraude a la ley laboral. El negocio real es el medio idóneo para el desplazamiento de la norma imperativa en la medida que por su ejecución se da esa consecuencia, que es que la relación de trabajo no está regulada por la ley laboral o que esté regulada por una ley laboral in peius del trabajador.

Este negocio real se puede caracterizar como un negocio indirecto porque más allá de la intención o del propósito de las partes al celebrarlo, lo cierto es que conlleva el desplazamiento del orden público laboral o el

²⁹ Por ejemplo Grisolia dice que en la simulación “hay una mera apariencia –el negocio simulado es ficticio- mientras que en el fraude hay una situación real, ya que el negocio es serio y busca conseguir un resultado prohibido. Mientras la simulación es un medio para encubrir la violación de la ley, el fraude es una violación a la ley mediante un negocio real.” (Grisolia, ob. cit., pág. 173).-

descenso del grado de protección. De la misma manera también se puede sostener que ese negocio real es un negocio complejo porque su objeto estaría integrado por las prestaciones típicas de la relación junto a la consecuencia del desplazamiento de la norma laboral imperativa que la ejecución del mismo causa.

Aquí recuerdo que el art. 279 del CCCN establece que el objeto del acto no debe ser un hecho prohibido por la ley, ni contrario al orden público ni lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Cuando el negocio real (que celebra el empleador con otro empresario) tiene por consecuencia que desplaza la ley imperativa laboral decimos que ese negocio tiene también por objeto un hecho prohibido por la ley y que es lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Este concepto de fraude laboral por acto real concuerda absolutamente o es una descripción correcta del art. 14 LCT. Así se trata del desplazamiento de la ley laboral por un medio idóneo que, como mínimo, basta que sea un negocio real celebrado entre el empleador y un tercero al contrato de trabajo que tiene por consecuencia la sustitución de la norma laboral por otra de menor nivel protectorio. El apartamiento de la norma laboral imperativa in peius a los derechos e intereses del trabajador, se trata de corregir con el derecho del trabajo cuando, para revertirlo, declara su nulidad e impone la sustitución de pleno derecho de las normas anuladas por las normas laborales imperativas (arts. 7, 8, 13, 14, LCT).

Las distinciones que realizamos para la simulación entre absoluta y relativa, y entre la simulación relativa total y parcial, también se puede realizar para el fraude por acto real. En el fraude por acto real también se puede dar el desplazamiento absoluto de la ley laboral. El desplazamiento relativo total es el desplazamiento de la norma laboral por otra norma laboral menos favorable al trabajador. Y el desplazamiento relativo parcial es el desplazamiento de una parte o elemento del contrato de trabajo. La diferencia con la simulación fraudulenta es que el ocultamiento no se ejecuta por medio de un acto simulado sino a través de otro medio idóneo a tal fin y que, en general, resulta ser un acto real o que posee diferentes objetos o con el que se buscan diferentes resultados compatibles entre ellos pero que tiene (como mínimo) por consecuencia el desplazamiento de la ley imperativa.

Un ejemplo muy común. En empresa de la actividad telefónica (o de las telecomunicaciones) contrata a una gran empresa constructora para la instalación de líneas telefónicas. Esta gran empresa constructora puede, a su vez, subcontratar a otras empresas muy pequeñas. La empresa telefónica fue reemplazando a sus instaladores por personal contratado o subcontratado. El convenio colectivo de la empresa telefónica prevé las tareas del instalador de líneas telefónicas. Pero los instaladores que están por la contrata o contratista prestan servicios bajo el régimen de la construcción, que prevé la instalación de cables pero con un menor salario. Observo que no es lo mismo instalar líneas telefónicas

que instalar cables telefónicos. El instalador de líneas telefónicas deja la línea conectada para la transmisión de la voz y los datos. Así posee conocimientos especiales (o determinados) para hacer la conexión desde la central telefónica hasta el cliente. Esta especialidad no es la que encuadra el convenio de la construcción cuando contempla la instalación de un cable o la realización de un cableado. Realizar un cableado no es instalar una línea telefónica y si el dependiente instala una línea telefónica para una empresa telefónica, o por orden, cuenta y a favor de una empresa telefónica, de quien recibe las órdenes de servicio (con indicación del cliente, de su domicilio y de los pares que debe usar; o con las especificaciones técnicas del caso), en las oficinas de la empresa telefónica, de parte de los jefes o gerentes de la empresa telefónica, a donde concurre de lunes a viernes para cumplir una jornada de ocho horas diarias o 48 horas semanales, es claro que, además de ser empleado de la empresa telefónica, sus servicios quedan encuadrados en la convenio colectivo de los trabajadores telefónicos. Y todo ello bajo el supuesto que el negocio entre la empresa telefónica y la gran empresa constructora es un negocio real. No hay un negocio simulado entre estas grandes empresas. Aunque la empresa constructora opera como una interpósita persona en el contrato del trabajador con la empresa telefónica es claro que no es un testaferro. Tienen intereses comerciales de diferentes tipos para haber celebrado el negocio. Pero, en los términos de la LCT 20744, ese negocio real tiene por consecuencia el desplazamiento de la ley imperativa in peius del trabajador. Y aquí está el fraude laboral que se debe anular.

10.- LA INTERPOSICIÓN DE PERSONAS.- En el art. 14 de la LCT se alude al caso de la “interposición de personas”. A su vez en el art. 333 Código Civil (2015) se indica, como un caso de simulación, al acto por el cual “se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.” La interpósita persona es aquella que aparece como el empleador cuando en verdad no lo es. Se trata de una interpósita persona porque está interpuesta como patrón en el contrato de trabajo del real empleador con su dependiente.

La interposición de personas es la acción y el efecto de interponer a una persona como empleador (o en el lugar del empleador) en una relación laboral o contrato de trabajo de la que no es parte. El sujeto que lleva a cabo la interposición es el empleador. El empleador es quien se hace sustituir por otro, quien se oculta por medio de otro, quien pone a otro en su lugar de empleador. La interposición puede ser a título gratuito o a título oneroso. La persona interpuesta (o que se interpone) puede ser una persona física o una persona jurídica.

Un ejemplo de interpósita persona es el testaferro (o un hombre de paja). En términos generales un testaferro es una persona que presta su nombre a otra para un negocio que no le pertenece. El testaferro es una persona interpuesta o una persona que (en los términos del art. 333 del Código Civil 2015) no es la persona para quien en realidad se constituyen

o transmiten los derechos u obligaciones de la relación laboral. En la materia que nos ocupa el testaferro es una persona interpuesta como empleador en el contrato de trabajo del real empleador con su dependiente.

La interposición de personas no se agota en la figura del testaferro. Por definición todo testaferro es una persona interpuesta (o una interpósita persona). Pero no toda interpósita persona es un testaferro o un hombre de paja. Hay otras formas de interposición de personas que son diferentes a la figura del testaferro (y que son tan falsos empleadores como este último).

No hay que limitar el concepto de interpósita persona al testaferro ni el testaferro a la persona física. La interpósita persona puede ser una persona física o una persona jurídica. Así también es una interpósita persona la persona jurídica (la sociedad comercial, la sociedad civil, la asociación civil, la fundación, entre otras) que crea el empresario para ocultar su carácter de real empleador por medio de su auxilio. El real empleador se oculta detrás de esta persona jurídica y registra a sus empleados como empleados de la persona jurídica que creó a dicho fin.

Por ello para el levantamiento del velo societario y considerar responsables a los socios o directores de la persona jurídica por las obligaciones laborales de la misma ante sus trabajadores no es necesario recurrir a las normas de la Ley de Sociedades LS 19550 (como a sus arts. 54, 59, 157, 274 y cc) sino que basta con usar la figura legal del fraude a la ley imperativa del trabajo y, a partir de la misma, verificar el desplazamiento de la ley laboral para, en definitiva, remover (anular) el obstáculo de la personalidad y considerar plenamente responsables a los verdaderos dueños del negocio.

Ello inclusive se debe llevar a cabo en la misma etapa de ejecución del pleito laboral cuando la sentencia no se cumple por la insolvencia de la persona jurídica condenada. Que la persona jurídica condenada no pague la liquidación aprobada es la ejecución del fraude a la ley laboral; es el desplazamiento de la ley laboral por cualquier otro medio al que alude el art. 14 de la LCT y demuestra (en definitiva) que la persona jurídica opera como una interpósita persona o una intermediación fraudulenta para frustrar los derechos del dependiente.

La interpósita persona puede no ser un testaferro del real empleador. Una empresa (A) celebra un contrato de servicios con la empresa (B) que los cumple con su empleado (p). La empresa (B) es una empresa real, autónoma o independiente de la empresa (A). El contrato de servicios es un negocio real. Pero, en los hechos, ese negocio real termina ocultando que (p) tiene una relación de dependencia con la empresa (A), o que entre la empresa (A) y (p) hay una relación laboral o un contrato de trabajo en el que la empresa (B) opera (en definitiva) como interpósita persona.

En este caso la persona real interpuesta –la empresa (B)- no es un testaferro del verdadero empleador –la empresa (A)-; no es una persona que presta su nombre para un negocio que no le pertenece; no es una persona que ha celebrado con el verdadero patrón un “convenio de testaferro”; o no es una persona que tenga por actividad el prestar su nombre para un negocio que no le pertenece. La persona real interpuesta es aquella que por un negocio con el real empleador (de provisión de personal para su empresa, o de contratación de servicios que corresponden a la actividad de la empresa del real empleador) aparece como un patrón de ciertas personas cuando, en verdad de los hechos y conforme al derecho vigente, son trabajadores dependientes de aquél (o sea: de la empresa usuaria).

Cuando se prueba que la persona presta servicios dependientes para el real empleador y no para la empresa que lo tiene registrado, corresponde anular la interposición; declarar que el real empleador es el patrón; encuadrar la relación de empleo en el convenio colectivo aplicable a la actividad del real empleador; condenar al pago de las diferencias salariales devengadas por el verdadero encuadre convencional de las tareas. Para el caso de un despido directo dispuesto por la interpósita persona cabe anularlo (ya que no es el empleador) e imputarlo al real empleador quien debe abonar las indemnizaciones en forma solidaria con la interpósita persona. Para el caso de un despido indirecto con causa en la denuncia de la interposición, en el pedido de registración al real empleador y en la solicitud de abono de las diferencias salariales devengadas por el encuadre convencional, se debe declarar que el mismo está justificado y condenar al pago de las indemnizaciones y remuneraciones reclamadas.

Las relaciones entre el real empleador y la persona interpuesta pueden ser, como mínimo, de dos tipos: un negocio simulado o un negocio real. El negocio simulado (o ficticio) es el que tiene lugar entre el real empleador y su testaferro. El negocio real es el que tiene lugar entre el real empleador y otra persona (física o jurídica) y que tiene por consecuencia que esta otra persona aparezca como el patrón de los dependientes de aquél. En cualquier caso el trabajador es ajeno al negocio entre el real empleador y la persona interpuesta. Este negocio es inoponible al trabajador máxime si con ello se pretende suprimir o limitar sus mejores derechos o sus derechos más favorables reconocidos en el derecho vigente de cualquier fuente u origen (arts. 1, 7, 8, 9, 13, 14 y cc de la LCT; arts. 12, 396 y cc del CCCN).

Las relaciones entre el real empleador y sus dependientes se rigen por la ley laboral de orden público. La interpósita persona que aparece como el empleador queda desplazada por quien es el real patrón, quien es legalmente instituido como titular de las obligaciones (u obligado principal) ante sus empleados. La interpósita persona, por su participación necesaria en el fraude laboral, es responsable solidario del real empleador. Si hay varias interposiciones fraudulentas, todas ellas serán responsables solidarias junto al real patrón por los créditos

laborales. No veo aquí razón alguna seria para limitar la responsabilidad de la interpósita persona al período en que se extendió su participación si aquella tiene por consecuencia que el trabajador no vea satisfecho su crédito ante la insolvencia del patrón real, o si en el pleito la interpósita persona sostiene el fraude y el rol que le cupo en el mismo.

Los actos que haya realizado la persona interpuesta, en su rol de falso empleador, a favor del trabajador son, en términos generales y como mínimo, pagos “a cuenta del total adeudado” (art. 260 LCT). Dentro de estos actos se incluyen las obligaciones que impone la LCT a cargo del empleador y a favor del dependiente, como también a los pagos o depósitos que haya debido realizar en el sistema de la seguridad social, de obra social, o gremial: en principio cada uno de estos actos debe ser “considerado como entrega a cuenta del total adeudado” (art. 260 LCT). La nulidad de la interposición (en los términos de los arts. 7, 8, 13, 14, 41, 42, 44 y cc, LCT) es claro que no acarrea la nulidad de todo lo actuado por el falso empleador (o, para ser precisos, por el real empleador a través de la persona interpuesta).³⁰

11.- LA INTERMEDIACIÓN LABORAL.- La intermediación en el contrato de trabajo es una práctica y una figura legal que para su cabal comprensión y serio uso debe ser analizada sin lugar a dudas dentro del marco del fraude a la ley.

La Ley 27742 (en su art. 90) modifica el art. 29 de la LCT 20744 en los siguientes términos, a saber: “Art. 29.- Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad.- Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última.”

También la Ley 27742 (por medio de su art. 83) incorpora como artículo 7° bis de la ley 24.013 el siguiente: “Artículo 7° bis: La registración efectuada en los términos del artículo 7° se considerará plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas, humanas o jurídicas, intervinientes.”

En la medida que estas modificaciones se consideren constitucionales se podría creer que la intermediación en el contrato de trabajo o en la

³⁰ Aclaro que me refiero a los actos de la interpósita persona a favor del trabajador, o sea: a los pagos. Así no incluyo a las sanciones o a los despidos que haya dispuesto la interpósita persona. Estas sanciones o despidos, prima facie, son nulos, salvo que la conducta inequívoca del dependiente lleve a concluir que los ha aceptado. En este caso serán sanciones (o despidos) realizados por el real empleador a través de la

relación de empleo ha dejado de ser una interposición de personas en los términos del art. 14 de la LCT 20744. Pero ello no es así. El texto del art. 29 LCT (según la Ley 27742) no excluye al fraude laboral.

El texto del art. 29 está pensado para el caso de una intermediaria o una empresa que tiene por objeto la provisión de personal a otras empresas. El empleado está registrado por la intermediaria. La intermediaria provee a ese trabajador a sucesivas empresas usuarias. Y estas sucesivas empresas usuarias son solidariamente responsables con la intermediaria por las obligaciones devengadas sólo durante el lapso en que usufructuaron de los servicios del trabajador.

La figura legal establecida en el art. 29 no excluye el fraude laboral, o sea: el uso de la intermediación no excluye que pueda tener por consecuencia el desplazamiento de la ley imperativa y su ocultamiento. Y este es el punto que no se debe perder de vista.

Veamos el siguiente ejemplo: la intermediaria (A) proporciona un trabajador (p) a la empresa usuaria (B); el trabajador (p) está registrado por la intermediaria (A); la intermediaria (A) no tiene suscrito ningún convenio colectivo de trabajo; la empresa usuaria (B), donde presta servicios (p),

interpón una persona. No son actos que purguen el fraude, ni que transformen a la interpón persona en el real empleador. Aquí no hay que olvidar que el régimen de las nulidades laborales es a favor del dependiente, o sea: las nulidades laborales son para asegurar los derechos del trabajador y no para perjudicarlo o lesionarlo (art. 14 bis CN; arts. 7, 8, 9, 12, 44 y cc, LCT).-

aplica a su personal el CCT1; en el CCT1 se contemplan las tareas que presta (p) en la usuaria (B), sin embargo a (p) no se le aplica el CCT1.

En el ejemplo puesto se produce el desplazamiento de la ley imperativa y su ocultamiento por el uso de la figura legal del art. 29 LCT. A través del uso de la figura legal prevista en el art. 29 LCT se logra el resultado prohibido por la ley imperativa: la no aplicación del convenio colectivo de trabajo que se debe aplicar según lo ordenan los arts. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 16, 41, 42, 44 y cc LCT, junto con los arts. 7 y 8 de la Ley 14250, en cumplimiento al mandato de asegurar los derechos del trabajador y del principio de progresividad que manda el art. 14 bis de la CN.

Que el trabajador (p), al estar registrado por la intermediaria (A), sea empleado de ésta empresa conforme lo establece el art. 29 LCT; o que la intermediaria (A) no haya suscrito ni estado representada en la negociación colectiva del CCT1 que aplica la usuaria (B) de los servicios del trabajador (p); no son obstáculos para no aplicar el CCT1 a la prestación de los servicios de (p) en la medida que las tareas de (p) estén reguladas por el referido CCT1.

Aquí debemos insistir en el juego armónico de los artículos citados tanto como en la crítica a la doctrina dominante en materia de derecho colectivo cuando sobre la base del unicato sindical de la Ley 23551 y del concepto de representatividad tiene por consecuencia la aplicación de las normas menos favorables al trabajador en grave incumplimiento al deber impuesto en el art. 14 bis de la CN.³¹

La intermediación del art. 29 no puede tener por consecuencia el desplazamiento de la ley imperativa laboral, so pena de nulidad por fraude laboral en los términos del art. 14 de la LCT. El art. 29 no ordena la aplicación de la norma menos favorable al trabajador ni la ley vigente en la Nación Argentina lo permite.

Además la valoración del negocio de la intermediación o de las conductas de la intermediaria y de la usuaria debe ser realizada a la luz del art. 1725 del CCCN que establece: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.”

Aquí también se debe considerar que el art. 1726 del CCCN ordena que “se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.” Como mínimo el desplazamiento de la ley laboral es una consecuencia medita previsible de la intermediación cuando la misma tiene por objeto que la intermediaria proporcione trabajadores a otra empresa, máxime que la intermediación siempre ha sido y lo sigue siendo hoy en día un negocio que favorece el fraude laboral o la elución de la ley imperativa. Que así resulta integra el conocimiento común y ordinario sobre la materia, motivo por el cual no hay excusa alguna sobre que se debe indemnizar el daño (art. 1716 del CCCN) que es tanto como afirmar que se deben abonar los salarios devengados por el real encuadre convencional de las tareas y, en su caso, la indemnización por el autodespido.

Insisto en este punto. Que la relación de trabajo se regule por la ley de contrato de trabajo o por el convenio colectivo aplicable a la intermediaria cuando en la empresa usuaria rige un mejor convenio colectivo que, además, regula a las tareas que cumple la persona proporcionada (ya

³¹ Sobre el tema me ocupo en: 1.- Sobre el convenio colectivo aplicable, Buenos Aires, 2013; 2.- Discusión sobre el convenio colectivo aplicable, Buenos Aires, 2015; 3.- La Ley Rocco y el unicato sindical en la Argentina, Buenos Aires, 2017.-

que describe esas tareas, o las ubica en una categoría y les reconoce ciertos beneficios y una remuneración), es un caso de fraude a la ley laboral en los términos del art. 14 de la LCT.

En este caso hay un claro desplazamiento de la ley imperativa laboral (del convenio colectivo aplicable) por medio de la intermediación y de la registración de la relación de empleo por parte de la intermediaria. Aquí estamos en presencia de un fraude a la ley laboral donde las partes (la empresa usuaria y la intermediaria) se han servido “de cualquier otro medio” (art. 14 LCT) como puede ser considerado el real negocio celebrado entre ellas.

Este “cualquier otro medio” puede ser un acto real o un negocio verdadero. La empresa intermediaria no es un testaferro. La intermediaria es una empresa real, solvente, conocida, con muchos clientes, que se presenta como consultora y proporciona trabajadores para diferentes empresas. La empresa usuaria también es una empresa real, solvente y conocida. Entre ambas hay un negocio de provisión de personal. Pero todo este negocio tiene un resultado (o como mínimo una consecuencia) que es análogo al resultado prohibido por la ley imperativa y que consiste en el desplazamiento del mejor convenio colectivo de trabajo como regulador de la relación de empleo del trabajador proporcionado. De modo tal que el objeto de la relación habida entre la empresa usuaria y el intermediario está integrado tanto por la provisión de personal como por la elusión o evitación de la ley imperativa laboral, desplazamiento que queda oculto por el negocio de provisión de personal que exhiben la usuaria y su intermediaria; negocio por el cual la relación laboral está registrada por el intermediario, con la consecuencia que se encuadra la relación de empleo en el convenio colectivo de su actividad cuando debe estar regulada por el convenio colectivo de la actividad de la empresa usuaria (en la medida que es más favorable al trabajador).

Que el art. 29 de la LCT (conforme a la reforma de la Ley 27742) establezca que el trabajador es un empleado de la intermediaria no impide ni purga el fraude a la ley laboral descripto. Y la misma conclusión se impone cuando la intermediaria ha proporcionado al trabajador a otras varias empresas y ello tiene por consecuencia que a la relación de empleo no se le aplique el convenio colectivo de la actividad de la usuaria in peius del dependiente.

El texto del art. 29 no contempla el caso que consiste en que la usuaria tiene registrada a la misma persona por sucesivas intermediarias. El caso consiste en la prestación permanente o continua de servicios a favor de la empresa usuaria (o principal) que oculta la relación por medio de la interposición de sucesivas empresas intermediarias (art. 29 LCT). En general estas sucesivas intermediarias aparecen como consultoras en alguna materia en particular (como por ejemplo: análisis de mercado, marketing, mercadeo, ventas, servicios informáticos, encuestas, atención al cliente, entre otros). También entre los intermediarios sucesivos se suelen intercalar a las agencias de servicios eventuales (art. 29 bis LCT)

o a empresas contratistas o subcontratistas de trabajos o servicios de la empresa usuaria o principal (art. 30 LCT).

Este es un caso muy común de abuso de la intermediación. Hay personas que toda su vida laboral han estado con su relación de empleo registrada por sucesivas intermediarias cuando sólo prestaron servicios para la misma empresa usuaria.

Este tipo de casos no está contemplado en el art. 29 de la LCT. El art. 29 de la LCT no regula a las intermediaciones sucesivas en la misma relación de empleo de una persona con su real empleador pero que aparece siempre como una empresa usuaria. En otras palabras: cuando la empresa usuaria recurre a intermediarios sucesivos para registrar la relación de empleo del trabajador estamos en presencia de un fraude a la ley laboral por interposición de personas en los términos del art. 14 de la LCT.

Otro ejemplo. Tampoco el art. 29 de la LCT contempla el caso del empleado que está registrado por el intermediario y que presta servicios para una sólo empresa usuaria. El art. 29 de la LCT ni siquiera contempla el caso de la intermediaria que contrató a la persona y la proporcionó a una sólo empresa usuaria. Recordemos aquí que el legislador estableció en el art. 29 que los trabajadores fueron contratados “con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras personas”, de modo tal que cuando no se da este caso no estamos bajo los hechos regulados por el art. 29 sino ante una interposición fraudulenta que debe ser anulada.

¿Cuándo se incurre en una irregularidad registral por medio de la intermediación? No sólo cuando el intermediario (o sea: el que aparece como el supuesto empleador) no es el patrón sino una interpósita persona en el contrato de trabajo existente entre el real empleador y el trabajador, sino también cuando (aunque el intermediario sea el real empleador) se elude la ley laboral al no aplicarse al trabajador el mejor convenio colectivo de trabajo de la actividad de las empresas usuarias donde el intermediario lo ha proporcionado para prestar servicios.

Nadie razonablemente puede negar que la intermediación en el contrato de trabajo es un medio utilizado con mucha frecuencia para que el real empleador no registre una relación de empleo o no se aplique el convenio colectivo de trabajo más favorable al trabajador. Todo ello es muy conocido: son prácticas muy viejas. Por eso en la LCT la intermediación es sólo una excepción. Y su regulación en el art. 29 de la LCT no nos debe hacer perder de vista que la misma no excluye el fraude a la ley laboral y que tampoco lo debe facilitar.

12.- EL CONTRATO DE TRABAJO EVENTUAL Y LA INTERMEDIACIÓN DE LAS AGENCIAS DE SERVICIOS EVENTUALES.-

En el art. 99 de la Ley 20744 se caracteriza al contrato de trabajo eventual. Se trata de una figura legal que se usa para desplazar la ley imperativa laboral. El empleador simula un contrato de trabajo eventual (del art. 99 de la LCT) cuando en realidad se trata de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado (art. 90 y ss LCT). Así se simulan normas contractuales laborales in peius del trabajador o para desplazar a las normas laborales imperativas o aplicables a la real relación habida entre las partes.

Para celebrar un contrato de trabajo eventual (del art. 99 de la LCT) no se requiere de la participación de una agencia de servicios eventuales (art. 29 bis LCT). Las agencias de servicios eventuales sólo pueden intermediar en los contratos de trabajo eventual.³² Aunque en general se usa a las agencias de servicios para simular contratos de trabajo eventuales.

Un contrato de trabajo eventual que no es eventual es un contrato nulo que oculta un contrato por tiempo indeterminado (arts. 14, 29 bis, 99 y cc LCT). La agencia de servicios eventuales en ese contrato nulo opera como una interposición fraudulenta: aparece como el empleador cuando en realidad no lo es y así oculta al real empleador (la supuesta empresa “usuaria”).

El régimen está pensado para los trabajadores eventuales. Pero ¿qué sucede? Que no se usa para tareas eventuales o para la intermediación en contratos eventuales sino para servicios que hacen al giro ordinario de la empresa, en tareas normales o propias de la explotación, o que son de carácter permanente. Y el trabajador aparece como eventual (o discontinuo) pero no es eventual (o discontinuo). Es un trabajador permanente (o continuo) de la empresa usuaria. Trabaja dos años como administrativo en un banco (o entidad financiera). Supongamos que se respeta el régimen legal del art. 29 bis y que se le aplica el convenio de los empleados bancarios. A los dos años se le informa el cese y que la agencia de servicios eventuales lo va a reubicar en otra empresa usuaria. Y tiene que esperar hasta cuarenta cinco días (conforme al régimen establecido en el Dto. 1694/06 PEN). ¿Y quién puede esperar? No hay el más mínimo trato igualitario (con el resto de los trabajadores) sino un régimen legal que impone la desigualdad en el seno de la misma empresa para facilitar el aprovechamiento de los trabajadores segregados o puestos en situación de inferioridad en las condiciones de labor. Es por ello que no se equivocan quienes sostienen que, con este régimen, el trabajador no goza de estabilidad o de la estabilidad que

³² El art. 77 de la LNE 24013 dispone que “Las empresas de servicios eventuales deberán estar constituidas exclusivamente como personas jurídicas y con objeto único. Sólo podrán mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual.”

posee el trabajador que presta servicios bajo la modalidad del contrato de trabajo por tiempo indeterminado de la LCT 20744.

Ante este caso si el trabajador reclama la registración de su contrato de trabajo a su real empleador (la supuesta “usuaria”), la decisión que se debe adoptar es la siguiente, a saber: hay que declarar la nulidad del aparente contrato eventual; hay que declarar que estamos en presencia de un contrato por tiempo indeterminado entre el real empleador (la supuesta empresa “usuaria”) y el trabajador; hay que condenar al real empleador a registrar la relación de empleo desde su real fecha de ingreso; hay que condenar a este real empleador al pago de las diferencias salariales devengadas por el real encuadre convencional de la relación de empleo; y si al pleito ha sido traída la agencia de servicios eventuales (ya sea como demandada o como citada como tercero) hay que condenarla solidariamente en el pago de las indemnizaciones y remuneraciones por ser cómplice (o partícipe necesario) en el fraude laboral (arts. 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 21, 22, 23, 25, 26, 29 bis y cc, LCT).

En más o en menos estas son las consecuencias que implica toda interposición de personas ya sea cuando se recurre al testaferro, o cuando el empresario usa a una persona jurídica para registrar a sus empleados, o cuando se utiliza a la intermediación del art. 29, a las agencias de servicios eventuales del art. 29 bis o cuando se invoca la figura de la contratación o subcontratación regulada o no regulada por el art. 30 de la LCT.

13.- LA SUBCONTRATACIÓN Y DELEGACIÓN.- La regulación de la figura de la subcontratación y delegación en el art. 30 de la LCT no excluye su uso para la comisión de un fraude a la ley laboral en los términos del art. 14 de la LCT. La contratación o subcontratación es otra de las figuras a las que los empresarios recurren para justificar el uso de los servicios de personas cuyos contratos de trabajo no tienen registrados. La relación de empleo está registrada por otra empresa que aparece como contratista o subcontratista de la empresa usuaria de los servicios del trabajador. Las consecuencias son, en general, menores salarios, mayores horas de trabajo y la pérdida de la antigüedad en el empleo.

Entre la empresa usuaria o comitente (A) y la contratista o prestador de servicios (B) se celebra un contrato de servicios por el cual éste se compromete a proveer un servicio al comitente mediante una retribución (art. 1251 CCCN). Como consecuencia del contrato de servicios entre el comitente y el contratista, presta servicios a favor del comitente un trabajador (p). Este trabajador (p) concurre de lunes a viernes de 8 a 17 hs al establecimiento del comitente; presta tareas por cuenta y orden y a favor del comitente; recibe órdenes del comitente; trabaja para la elaboración o comercialización de los productos del comitente o para la atención de los clientes del comitente; pero su relación laboral está registrada por el contratista y a la misma no se le aplica ningún convenio colectivo y si se le aplica alguno es menos favorable al trabajador que el

convenio colectivo que se aplica al personal registrado por el comitente, donde por cierto encuadran sus servicios por estar expresamente previstos (art. 16 LCT).

14.- EL FRAUDE LABORAL POR CUALQUIER OTRO MEDIO.- En el art. 14 de la LCT se establece el fraude por simulación (o simulación fraudulenta) y el fraude por acto real, por medio de la apariencia de normas contractuales no laborales, el uso de interpósitas personas “o de cualquier otro medio”. Con este texto la figura del fraude laboral es abierta, o sea: no se cierra sólo y exclusivamente a los medios previstos expresamente por el legislador sino que admite otros posibles. Aquí vamos a tratar de mostrar otros medios idóneos para el incumplimiento de la ley laboral y su ocultamiento sin, por cierto, pretender agotar la materia.

1.- La apariencia de normas contractuales laborales.- Ya hemos señalado este caso cuando nos ocupamos de la simulación fraudulenta y, en especial, de la apariencia de normas contractuales no laborales. Aquí sólo amplío el tratamiento.

Cuando una relación de empleo se regula por normas contractuales laborales in peius del trabajador (o que establecen condiciones menos favorables para el dependiente que las reconocidas en otras normas de cualquier fuente que sea), las normas laborales in peius del trabajador serán nulas, inválidas, inoponibles (o hasta inconstitucionales) y deberán ser sustituidas de pleno derecho por las mejores normas imperativas, conforme a lo dispuesto en los arts. 7, 8, 9, 13, 14, 41, 42 y 44 de la LCT.

Un ejemplo de este tipo de fraude laboral es cuando el empleador registra la relación de empleo como de tiempo parcial (por cuatro horas) cuando el dependiente presta servicios durante la jornada completa (o por ocho horas). En general esta registración se acompaña con el pago de salarios no registrados para cubrir las horas ocultas. Pero ello es irrelevante. ¿Por qué? Porque hay fraude a la ley imperativa aunque el empleador le pague sólo por las cuatro horas que lo tiene registrado cuando, en los hechos (o en realidad), el contrato de trabajo es por tiempo completo. En este segundo caso sucede que se oculta un contrato de trabajo por tiempo completo por medio de un contrato de trabajo por tiempo parcial al mismo tiempo que se le deben al dependiente las remuneraciones devengadas por el cumplimiento de cuatro horas diarias ya que sólo se le pagan cuatro horas cuando se le deben ocho horas.

2.- La combinación de los medios idóneos.- El fraude laboral es común que se ejecute a través del uso de varios medios idóneos combinados. Por ello aquí incluyo esta posibilidad. Los casos son conocidos. Pongo sólo algún ejemplo.

En el art. 14 se alude a la apariencia de normas contractuales no laborales y a la interposición de personas. Pues bien: ambos se pueden presentar juntos. La persona (p) presta servicios dependientes para la

empresa (A). La empresa (A) no registra la relación de empleo. ¿Cómo se oculta el incumplimiento? Se simula una locación de servicios del trabajador (p) pero no con (A) sino con otra empresa (B) o una universidad (C) que, en el mejor de los casos, aparece como consultora de (A). Así el trabajador (p) factura a la empresa (B) o la universidad (C) con la que no tiene ninguna relación ni hasta quizás conozca.

La contratación o subcontratación también puede ser incluido en este apartado ya que, en general, se combina la interposición de personas con la apariencia de normas contractuales laboral. A la persona se la registra en la contrata o subcontrata que la tiene sin convenio colectivo o con un convenio colectivo menos favorable que el aplicable en la empresa usuaria de los servicios.

3.- La sentencia fraudulenta.- El art. 116 de la CN establece que corresponde al poder judicial (a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación) “el conocimiento y decisión de todas las causas”. Esta atribución se debe ejercer conforme al debido proceso, al derecho de defensa, de propiedad, al principio de sentencia fundada en ley (que incluye al régimen de derechos humanos), al principio de razonabilidad y por un juez imparcial e independiente en un plazo razonable (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, CN, ampliados por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema). El art. 1º del CCCN impone el “deber de resolver” en los siguientes términos: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

Así como en derecho penal se ha elaborado la noción de cosa juzgada irrita o de sentencia fraudulenta, en derecho del trabajo también debemos construir un concepto de sentencia en fraude a la ley laboral. No se trata de copiar ni de adaptar los estudios de los penalistas, aunque el camino abierto sirva de impulso tanto como las sentencias de la Corte Suprema en Fallos 238:18, 254:320, 279:54 o 281:421, para la construcción de un concepto de sentencia fraudulenta que sea operativo para la defensa y promoción de la ley laboral (o el orden público laboral). En adelante aquí hago un pequeño esbozo (o bosquejo de aproximación) sobre el tema.

La atribución de conocer y decidir todas las causas puede ser ejercida por el juez de manera seria, cabal, con una sentencia fundada en ley (art. 17 de la CN), o de una manera sólo aparente por medio de la cual se legitima o convalida el fraude patronal o se facilita y oculta el incumplimiento patronal a la ley laboral. Cuando el ejercicio de la atribución de conocer y decidir la causa se ejerce de una manera sólo aparente estamos en presencia de una sentencia fraudulenta.

La sentencia fraudulenta (o en fraude a la ley laboral) encubre la relación de empleo bajo la apariencia de otra relación jurídica; o encubre partes (o intervinientes), fechas o cláusulas de una relación de empleo con otras falsas; o convalida o legitima actos en fraude al acreedor

laboral (conforme a lo establecido en los arts. 333, 338, 382 y cc del CCCN; arts. 7, 8, 13, 14 y cc de la LCT; art. 14 bis CN).

La sentencia fraudulenta promueve el incumplimiento patronal a la ley laboral al mismo tiempo que lo oculta ya sea porque encubre la relación laboral (o simula lo que no es) o porque consolida el fraude al acreedor laboral.

Un ejemplo típico de sentencia fraudulenta es el fallo que condena a una patronal insolvente, o que condena a una persona jurídica (una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una asociación civil o una fundación, o cualquier otra similar) insolvente.

No hay que propiciar el incumplimiento a la ley laboral por parte de la patronal con el dictado de una sentencia que ordena una condena incobrable para el trabajador, o que convalida, promueve o favorece el fraude al acreedor laboral. Una sentencia así es una sentencia fraudulenta.

En materia de derechos sociales (conforme a la CN, los COIT y la LCT) hay cosa juzgada írrita cuando la sentencia condena a un insolvente. La decisión de condenar a un insolvente y absolver a quienes pueden pagar la condena por estar razonablemente vinculados al arruinado muestra una ausencia de voluntad o una falta de intención de que el fallo sea el medio adecuado para alcanzar el fin que en el mismo se manifiesta procurar (o el objeto mismo del fallo) y que consiste en que el trabajador perciba sus indemnizaciones y remuneraciones.

En este caso la sentencia es aparente, o fraudulenta, por su inoperatividad absoluta o parcial (o relativa) para hacer efectivo el crédito laboral que ella misma reconoce, declara o establece. Así resulta que hay sentencia fraudulenta (o inválida, nula, o írrita o sin fuerza obligatoria) cuando el fallo propicia el incumplimiento a la ley laboral o impone una condena sólo aparente, inoperante, ineficaz (o carente de eficacia), o irrazonable (o en violación al principio de razonabilidad: art. 28 de la Constitución) en la medida que no es el medio adecuado para lograr el fin que ella misma se propone, quedando así absolutamente desvirtuada (o descalificada) como un acto jurisdiccional válido.

El deber de asegurar los derechos del trabajador que manda el art. 14 bis de la CN y el orden público laboral impuesto en su consecuencia, repudian a la sentencia fraudulenta o sólo aparente que, por su carácter, no hace cosa juzgada ni recibe el amparo del derecho de propiedad sino que, muy por el contrario, debe ser anulada, invalidada o descalificada sobre la base de los mismos hechos alegados y probados en el proceso o por hechos posteriores que confirman la existencia del fraude a la ley laboral.

La revisión de la sentencia fraudulenta procede para afianzar la justicia, asegurar los beneficios de la libertad para todos, promover el bienestar general, y asegurar los derechos del trabajador para cumplir con el principio de sentencia fundada en ley dentro del debido proceso (preámbulo y arts. 14, 14 bis, 17 y 18 CN, ampliados por los tratados enumerados en el art.

75.22 de la misma ley suprema).

La revisión de la sentencia fraudulenta procede en la misma causa que se dictó. El pedido debería ser conocido y decidido por un juez distinto al que dictó la sentencia cuestionada, lo que implica la excusación o recusación con causa del magistrado autor o mero firmante del fallo. El plazo para pedir la revisión de la sentencia fraudulenta es el mismo que rige para la ejecución de la sentencia; o sea: el plazo genérico de cinco años del art. 2560 del CCCN.

4.- El uso de la persona jurídica.- El uso de la figura o tipo legal de la persona jurídica (y, en especial, las sociedades comerciales y las cooperativas) es otro de los medios del que se valen los empleadores (o empresarios) para proceder con simulación o fraude a la ley laboral.

Para el fraude laboral a la persona jurídica se la usa, en principio, de tres formas. La primera consiste en simular que el empleado es un integrante (socio o miembro cooperativista) de la persona jurídica cuando, en los hechos, es un empleado dependiente de la sociedad o cooperativa.

Esta primera manera de usar a la persona jurídica está regulada en el art. 27 de la LCT 20744. El art. 27 de la LCT es una típica norma antifraude cuando, en su primer párrafo, dispone: “Las personas que, integrando una sociedad, prestan a ésta toda su actividad o parte principal de la misma en forma personal y habitual, con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírseles para el cumplimiento de tal actividad, serán consideradas como trabajadores dependientes de la sociedad a los efectos de la aplicación de esta ley y de los regímenes legales o convencionales que regulan y protegen la prestación de trabajo en relación de dependencia.”

El peso de toda esta figura legal para que resulte operativa su norma antifraude se encuentra en que la persona física debe prestar a la persona jurídica toda su actividad o una parte principal de la misma en forma personal y habitual con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírsele para el cumplimiento de tal actividad.

La segunda manera de usar a la persona jurídica para el fraude laboral es utilizarla como una interposición fraudulenta. El empresario y real empleador (arts. 4, 5, 25, 26) se oculta registrando la relación de empleo

en una persona jurídica (en una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada que puede ser de más fácil administración) que aparece como el empleador. No necesariamente la persona jurídica interpuesta tiene que ser insolvente. La persona jurídica puede ser una empresa muy solvente que se usa para registrar trabajadores cuyas relaciones de empleo no van a estar reguladas por ningún convenio colectivo o lo van a estar por un convenio colectivo menos favorable que el que se aplica en el real empleador.

La tercera manera de usar a la persona jurídica para el fraude laboral es utilizarla como una interpósita persona insolvente para, llegado el caso, frustrar los derechos del acreedor social (o de sus dependientes). El incumplimiento de la ley laboral por parte de una persona jurídica es un fraude en los términos del art. 14 LCT 20744 que tiene por consecuencia hacer inoponible la personalidad jurídica e imputar la deuda directamente a los socios o controlantes (en los términos de los arts. 54, 59, 157 y 274 de la LS 19550 y del art. 338 y cc del CCCN).

El incumplimiento de una condena a pagar un crédito laboral por parte de una persona jurídica impone considerar que la persona jurídica es un medio del que se valen sus socios, asociados, administradores, representantes o controlantes para incumplir con la ley laboral y ocultar ese incumplimiento.

El mero incumplimiento de una condena judicial a pagar un crédito laboral (o indemnizaciones o remuneraciones) constituye a la persona jurídica en un mero recurso para violar la ley laboral, el orden público laboral o para frustrar los derechos del trabajador, lo que habilita durante la etapa de la ejecución el levantamiento del velo societario y la extensión de la condena a sus socios, administradores, representantes o controlantes (art. 14 LCT; arts. 338 y cc CCCN; arts. 54, 59, 157, 274 de la Ley de Sociedad 19550).

Cabe advertir aquí que la interpretación o el entendimiento de las normas del CCCN o de la LS 19550 (en una causa laboral o en un pleito donde están en juego derechos sociales) debe realizarse a la luz de los principios del derecho del trabajo, bajo la inspiración de la justicia social, o para asegurar o promover los derechos del trabajador. Así por ejemplo cuando en el art. 54 de la LS 19550 se escribe “constituya un mero recurso para violar la ley” se debe entender que la persona jurídica viola la ley cuando incumple la ley laboral o cuando no paga la condena que le impuso una sentencia judicial. De la misma manera cuando se escribe “para frustrar derechos de terceros” se debe entender que la persona jurídica frustra los derechos del trabajador cuando no cumple la ley laboral imperativa o no cumple con la condena impuesta por la sentencia dictada en la causa laboral. En otras palabras: no vale aquí (en materia de derechos sociales) realizar interpretaciones que tenga por objeto o por resultado (o consecuencia) la supresión o limitación de los derechos del trabajador con la excusa que tienen fuente o sustento en leyes civiles, comerciales o de cualquier otra clase.

Cuando una persona jurídica incumple la sentencia que la condena a pagar un crédito laboral, hay que entender que incurre en una omisión en fraude a su acreedor social (art. 14 LCT; art. 338 CCCN), lo que habilita a éste (al trabajador) a solicitar que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica y se extienda la condena a los socios, administradores, representantes o controlantes. Aquí recuerdo que la figura del fraude laboral es objetiva de modo que no cabe introducir ningún elemento subjetivo sobre la base del CCCN o de la LS 19550.

Ante el incumplimiento de la sentencia procede la extensión de la condena a los socios, administradores, representantes o controlantes incluso en el caso que la sentencia definitiva dictada en la causa los haya liberado de toda responsabilidad o haya rechazado la acción a su respecto. ¿Por qué? Porque el incumplimiento de la condena por parte de la persona jurídica es la prueba del carácter fraudulento de la sentencia definitiva que no hace cosa juzgada frente al acreedor social o laboral.

5.- El caso de las empresas subordinadas o relacionadas.- En el art. 31 de la LCT se regula el caso de las empresas subordinadas o relacionadas en los siguientes términos: “Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.”

Aquí no me interesa realizar una descripción o exposición de esta figura legal sino mostrar su posible uso antifraude máxime cuando en el mismo texto del artículo el legislador escribió “cuando hayan mediado maniobras fraudulentas.” Esta norma del art. 31 de la LCT (junto con otras normas de la LCT tales como las establecidas en los arts. 7, 8, 9, 13, 14, 16 y cc) se puede integrar fácilmente en un régimen de defensa del orden público laboral.

Pongo el siguiente ejemplo. Una empresa multinacional con miles de empleados en el territorio nacional. Es la empresa controlante (A). Hay otra empresa controlada por (A): es la empresa (B). (A) puede controlar a (B) porque la accionista de (B) es una empresa (C) extranjera que, a su vez, está controlada por (A). La controlante (A) lleva adelante un plan de reducción de una de sus áreas: el sector (p). Esto implica que un par de miles de personas van perdiendo sus trabajos. Las actividades que la controlante (A) realizaba en el sector (p) las continúa ejerciendo por medio de la controlada (B). No hay cesión de personal ni transferencia de establecimiento. Los empleados son personas diferentes. Las relaciones de empleo del personal de la controlante (A) se rigen por el convenio colectivo de trabajo (CCT1), propio de la actividad de (A), mientras que las relaciones de empleo del personal de la controlada (B) se regulan por

el régimen común de la LCT. La diferencia está en que el CCT1 tiene mejores derechos y beneficios que la LCT; o sea: los empleados del sector (p) de la controlante (A) en definitiva perciben mayores remuneraciones que los empleados de la controlada (B).

Aquí en el ejemplo no hay un problema de insolvencia. En el ejemplo el problema que quiero ilustrar es otro. Los empleados de la controlada (B) en los hechos prestan servicios para la controlante (A). Pero no están registrados por (A). Tampoco prestan sus servicios en establecimientos de (A). Esas personas están registradas por (B) y prestan servicios en establecimientos de (B), bajo las órdenes de jefes de (B). Y los servicios que prestan son los mismos que los cumplidos por el personal del sector (p) de la controlante (A) pero en peores condiciones laborales y con inferiores remuneraciones.

Este es un ejemplo del uso de la figura de las empresas subordinadas o relacionadas para la elusión del CCT1, para que el CCT1 no regule la prestación de servicios del personal de la controlada (B) o para la comisión de un fraude a la ley laboral.

La consecuencia de este proceder ilegal no es sólo la solidaridad entre la empresa controlante (A) y la empresa controlada (B) “por las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores” (como reza el texto del art. 31 de la LCT) sino además la aplicación del CCT1 -el convenio de la actividad de la controlante (A) y suscripto por ella misma- a las relaciones de empleo del personal registrado por la controlada (B) con sustento en lo establecido en los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 13, 14, 16 y cc de la LCT.³³

³³ Sobre el régimen legal que rige la aplicación de los convenios colectivos (conforme a la Constitución nacional) me ocupó en: 1.- Sobre el convenio colectivo aplicable, Buenos Aires, 2013; 2.- Discusión sobre el convenio colectivo aplicable, Buenos Aires, 2015; 3.- La Ley Rocco y el unicato sindical en la Argentina, Buenos Aires, 2017. En estos artículos también señalé que el art. 16 LCT (al igual que el texto de cualquier otra ley inferior a la Constitución nacional) debe ser comprendido o entendido sobre la base de la ley suprema o complementado por sus principios o normas. Así cuando el art. 16 de la LCT dispone que las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica se debe entender que no lo son para desasegurar los derechos del trabajador pero que sí lo deben ser para asegurar sus derechos y promoverlos. Observo además que el art. 16 dispone que las convenciones podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos “según la profesionalidad del trabajador”, punto que en general se ignora o soslaya y que, sin sostener que el convenio colectivo sea aplicable a la actividad del empleador, permite usarlo para resolver un caso concreto para la regulación de la relación de empleo en lo que hace a las condiciones de labor, las remuneraciones, beneficios e indemnizaciones.-

6.- Trabajadores independientes y auxiliares del trabajador.- La Ley 27742 incorpora en su art. 97 la figura de los trabajadores independientes con colaboradores en los siguientes términos: “El trabajador independiente podrá contar con hasta otros tres (3) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo nacional. El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación. Queda prohibido fragmentar o dividir los establecimientos para obtener beneficios en fraude a la ley. El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda.”

Esta es una norma favorable al fraude laboral. Así como hay normas antifraude, hay normas pro fraude. Las normas pro fraude laboral son figuras o tipos legales que tienen por objeto o por consecuencia el incumplimiento a la ley imperativa por medio de su ocultamiento a través de su uso. Con la utilización de la figura legal pro fraude se oculta el incumplimiento a la ley imperativa laboral. Que la ley vigente contenga figuras legales antifraude y pro fraude puede ser visto como la expresión de los conflictos existentes entre diferentes grupos sociales por la toma y mantenimiento del poder y por la producción y distribución de la riqueza. La ley suele expresar los conflictos sociales.

Un caso de tipo legal pro fraude ha sido y es la pasantía universitaria regulada en diferentes épocas principalmente por el Dto. 340/92, la Ley 25165 y la Ley 26427. Ahora se modifica por medio de la Ley 27742 el art. 29 de la LCT o se incorpora el tipo legal del trabajador independiente con colaboradores (en el art. 97 de la Ley 27742).

Aquí (al igual que hice con los otros tipos legales) no voy a analizarlos y explicarlos sino sólo a señalar que se prestan para el fraude laboral. Así señalo, como ejemplos, dos usos en fraude a la ley imperativa del trabajo que se le puede dar a esta figura del trabajador independiente con colaboradores. El mismo legislador ha previsto el uso fraudulento o para el fraude de este tipo legal cuando en el tercer párrafo del art. 97 dispone que “El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda.”

El primer caso consiste en que un empresario (un profesional o un comerciante) use esta figura para tener tres colaboradores cuando son tres empleados dependientes. Si en los hechos, en la realidad, la prestación de servicios de los colaboradores se da en plena relación de dependencia laboral, es claro que el uso de la figura legal del art. 97 es nulo por ser en fraude a la ley laboral ya que, en los términos del art. 14 de la LCT, se aparentaron normas contractuales no laborales.

Un segundo caso podría ser cuando una empresa contrata o subcontrata los servicios de un trabajador independiente con tres colaboradores. Por ello el legislador excluye la relación laboral tanto entre el trabajador independiente y sus colaboradores como con las “personas contratantes de los servicios u obras” (art. 97, Ley 27742). Hay una empresa usuaria (A) que contrata los servicios de un trabajador independiente (TI) con tres colaboradores (C1), (C2) y (C3). También se podría dar que la empresa usuaria (A) contrate o subcontrate los servicios de varios trabajadores independientes (TI): (TI1), (TI2), (TI3) con cada uno de sus colaboradores (C1), (C2) y (C3).

A partir de este segundo caso se abren unas cuantas alternativas. Aquí sólo voy a analizar algunas.

Puede suceder que en los hechos el trabajador independiente (TI) preste servicios dependientes para la empresa usuaria (A). Se podría pensar que ello implica que sus colaboradores (C1), (C2) y (C3) también son empleados directos de la empresa usuaria (A). Aquí recuerdo que el art. 28 de la LCT regula a los “auxiliares del trabajador” en los siguientes términos: “Si el trabajador estuviese autorizado a servirse de auxiliares, éstos serán considerados como en relación directa con el empleador de aquél, salvo excepción expresa prevista por esta ley o los regímenes legales o convencionales aplicables.”

También puede suceder que alguno de los colaboradores (C1), (C2) o (C3) del trabajador independiente (TI) de la empresa (A), en los hechos preste servicios dependientes para la empresa (A). En este caso el trabajador independiente (TI) sería una interpósita persona en el contrato de trabajo de (A) con, por ejemplo, (C1), al mismo tiempo que se aparentaron normas contractuales no laborales entre (TI) y (C1) cuando se reguló la relación entre ellos con la figura del art. 97 de la Ley 27742. Y todo ello es nulo conforme lo manda el art. 14 de la LCT.

15.- LA PRUEBA DEL FRAUDE A LA LEY Y EL ART. 23 DE LA LCT.- Antes de demostrar el fraude a la ley laboral, hay que probar que la prestación de servicios es una relación de empleo dependiente o una relación laboral (o un contrato de trabajo), o que a la relación laboral habida se la debe encuadrar en un régimen legal o convencional del trabajo mejor (o más beneficioso al trabajador) que el régimen que se le aplica. alguna de estas dos cosas hay que demostrar antes de pasar a probar el fraude a la ley laboral. El fraude laboral supone que los

servicios prestados son objeto de un contrato de trabajo, o que reconocidos como una relación laboral se les debe aplicar una mejor (o más beneficiosa al trabajador) regulación del trabajo. Luego de ello cabe analizar la cuestión de la prueba del fraude a la ley laboral.

No digo aquí que en un pleito laboral primero se debe probar la relación laboral y luego el fraude a la ley. No sostengo tal cosa. En un pleito laboral se demuestra todo junto. Pero para exponer los hechos (y promover la demanda y ofrecer las pruebas) hay que analizar el caso o los hechos que lo constituyen. Y entonces primero hay que analizar si estamos ante una relación de empleo (y si contamos con los medios de prueba para acreditarla en la causa) para, en segundo lugar, estudiar si hay un fraude a la ley, porque claro está que no hay fraude laboral si no hay relación laboral.

Además, en términos generales, es claro que quien reclama por el reconocimiento de una relación de empleo no debe contar con la existencia de ninguna presunción establecida por la ley (o en cualquier otra fuente) sino ofrecer y producir toda la prueba necesaria para demostrar la relación laboral. Y si además tiene una presunción a su favor será mejor todavía. Pero lo que no se debe hacer es quedarse corto con la prueba porque existe una presunción. Esto hace al arte de la abogacía, más que a la descripción de la ley vigente o positiva. Pero a pesar de ello considero oportuno señalarlo.

La Ley 20744 no prohíbe o excluye a ningún medio de prueba: todos los autorizados en las leyes procesales son utilizables para demostrar la existencia del contrato de trabajo. En su art. 50 se dispone que “El contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el art. 23 de esta ley”.

El art. 89 de la Ley 27742 modifica al art. 23 de la LCT en los siguientes términos: “Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la seguridad social.”

En adelante señalo algunos casos que no están contemplados en el texto del art. 23 reformado y que por ende no habilitan la exclusión de la presunción que en él se permite. Son sólo algunos ejemplos. Puede haber otros más.

La ausencia o exclusión de la presunción no opera cuando la relación de empleo no está registrada o cuando durante un tiempo no está registrada y otro tiempo sí lo está.

Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando hay pagos extracontables. ¿Por qué? Porque la norma manda la emisión de “los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación”, de forma tal que si no hay recibos o facturas (o si se realizan pagos sin registración contable o sin la documentación respaldatoria de la operación civil o comercial asentada) entonces no opera la exclusión de la presunción o, en otras palabras, sí opera la presunción de que el “hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”.

Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando se recurre a otras simulaciones de “normas contractuales no laborales” (art. 14 LCT) diferentes a la locación de servicios, como son las becas o las pasantías universitarias (por ejemplo: de la Ley 26427). Las becas o las pasantías universitarias no son los casos que habilita la exclusión de la presunción el texto reformado del art. 23 LCT.

Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral aparentando la “interposición de personas o de cualquier otro medio.” (art. 14 LCT). La interposición de personas no es un caso que contempla el art. 23 reformado por la Ley 27742 para habilitar la exclusión de la presunción de la existencia del contrato de trabajo a partir de la prestación de los servicios.

Tampoco se debe aplicar la exclusión de la presunción cuando las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral aparentando “normas contractuales no laborales junto con la “interposición de personas o de cualquier otro medio.” (art. 14 LCT). Este es el caso cuando el real empleador hace facturar al empleado a favor de una tercera persona.

En los términos del art. 12 del CCCN el acto fraudulento (el acto desplazante o de cobertura) persigue un resultado que es análogo al prohibido por una norma imperativa. Sobre este base para probar la existencia del fraude a la ley hay que demostrar (como mínimo) la analogía existente entre el acto que tiene amparo legal y el resultado del acto prohibido por la norma imperativa. Conforme al texto del art. 12 del CCCN no es necesario probar la intención del sujeto de perseguir el resultado análogo. Esta intención del sujeto se presume con la prueba (o a partir de la prueba) de la existencia de la referida analogía.

El fraude a la ley laboral debe ser entendido en los mismos términos. Quienes ejecutan el acto fraudulento (el empleador y sus cómplices) tienen la intención de incumplir la norma imperativa, pero este propósito se da por cierto, se infiere o se presume, a partir de la comprobación del

mismo incumplimiento de la ley laboral que es el resultado (o la consecuencia) del acto fraudulento.³⁴

El elemento subjetivo (la intención de evadir, eludir o incumplir la ley imperativa) se presume (o se infiere) del elemento objetivo (del desplazamiento de la norma laboral por el acto fraudulento. Para la prueba del fraude laboral el acento (o la fuerza) de la figura recae en el elemento objetivo (donde el acto fraudulento es un negocio, inclusive real, que tiene por consecuencia causal el desplazamiento de la norma laboral imperativa).

Justo López señala que “cuando se habla de objeto, de efecto o de fin (evasivo) no debe entenderse que la configuración del fraude a la ley y su prueba exijan la existencia y la demostración, respectiva, de una intención subjetiva de evadir normas imperativas”.³⁵ Para Grisolia “El fraude no requiere la prueba de la intencionalidad.”³⁶ También, por ejemplo, se ha resuelto que “Si bien el fraude a la ley es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad empresarial solidaria del art. 31 LCT, ello no significa que debe probarse el dolo del empleador o un propósito fraudulento del mismo. No se requiere intención subjetiva de evasión de normas laborales, tuitivas del trabajador ni la demostración de una intención evasiva, basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a esas normas laborales. El fraude queda así configurado, con intenciones o sin ellas.” (CNAT, Sala VII, 9-11-2000, Orsi, Carlos c/ Wenlen SA y otro s/ despido). El repertorio es más que claro: basta con que se haya producido el desplazamiento de la norma imperativa.³⁷ Esta misma doctrina la expresa el juez Maza cuando dice: “Cabe remarcar que el concepto de fraude a la ley laboral no requiere dolo, bastando la violación objetiva de normas.” (CNAT, Sala II, 5-03-2014, Torres Alejandra Romina c/ Schneider Electric SA y otro s/ despido).

16.- LA NULIDAD DEL FRAUDE LABORAL.- El art. 14 de la Ley 20744 lleva por título: “Nulidad por fraude laboral”. En cualquiera de sus formas el fraude laboral es nulo: “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral”.

³⁴ Ver de Eduardo A. Zannoni, Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos, Buenos Aires, 1986, pág. 421 y ss.-

³⁵ Justo López, en López, Centeno y Fernández Madrid, Ley de contrato de trabajo comentada, Buenos Aires, 1978, págs. 142 y 143.-

³⁶ Julio Armando Grisolia, Derecho del trabajo y de la seguridad social, 8va edición, 2003, pág. 172.-

³⁷ En este mismo sentido se ha decidido que “Si bien el fraude a la ley laboral es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad solidaria del art. 31 LCT, ello no significa que deba probarse el dolo del empleador o una intención fraudulenta del mismo. No se requiere una intención subjetiva de evasión respecto de las normas laborales, sino que basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a dichas

El contrato de trabajo puede ser total o absolutamente nulo o parcialmente nulo. En derecho del trabajo la política legislativa se pronuncia a favor de la continuidad o subsistencia del contrato (art. 10 LCT) y así, por sobre la nulidad total del vínculo, se privilegian las nulidades parciales de algunas de las cláusulas del acuerdo (o de actos u omisiones del empleador) y su reemplazo automático por la ley imperativa (arts. 7, 8, 12, 13, 14, 38 a 44 y cc LCT).

En gran medida el régimen de las nulidades parciales está expuesto en los arts. 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 43 y cc de la LCT. Se parte del principio de conservación del contrato de trabajo (art. 10 LCT). Se dispone la nulidad de toda cláusula pactada entre las partes, o de todo acto (u omisión) impuesto unilateralmente por el empleador, que sea contrario a la norma laboral imperativa (y que tenga origen legal, reglamentario o en la negociación colectiva o en el contrato individual de trabajo).

La nulidad parcial deberá ser declarada de oficio “por los jueces, aún sin mediar petición de parte” (arts. 7 y 44 LCT) y las cláusulas así anuladas quedarán reemplazadas automáticamente (o ipso iure o de pleno derecho) por las normas imperativas que así pasan a regir la relación de trabajo dependiente (art. 13 LCT).

Cualquier forma de fraude laboral deberá ser anulada. Se trata de una nulidad parcial. La nulidad deberá ser declarada de oficio por los jueces (art. 44 LCT); y, así desplazado el acto fraudulento, la relación de empleo quedará regida automáticamente (o de pleno derecho) por la legislación laboral imperativa (art. 14 LCT: “la relación quedará regida por esta ley”).

normas laborales, con intenciones o sin ellas. (cf. Sala VII, sent 222989 del 18/10/93 in re "Aliano, Liliana c/ Fábrica Art. Elect. Infar", id. Sala II, sent. 53008 del 19/3/84 in re "Ramirez de Bari, Celeste c/ Integral" y Sala X, sent. 959 del 31/12/96 "Razumney, Bernardo Javier c/ Telearte S.A. y otros s/ despido"). (CNAT, Sala X, 31-12-1996, Piai, Néstor Antonio y otros c/

I.E.S.A S.A. y otro s/ despido).- Ver también CNAT, Sala VII, 24-10-2003, Morete Norma Josefina Carmen c/ Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro s/ Despido; y CNAT, Sala VII, 29-03-2006, Perez Cecilia Mabel c/ Edesur SA y otro s/ despido; y CNAT, Sala VII, 24-05-2007,

Albarracín Hugo Alejandro c/ Clorox Argentina SA y otro s/ despido); y CNAT, Sala VII, 7-03-2008, Pazzaglini Carlos Darío c/ Sotyl SA y otro s/ despido); y CNAT, Sala VII, 28-08-2008, Clot Javier c/ BBVA Banco Francés SA s/ diferencias de salarios); y CNAT, Sala VII, 28-08-2008, Gaona Fredy Héctor c/ Cencosud SA y otro s/ despido).-

Aquí observo que cuando en el art. 14 LCT el legislador escribe que “la relación quedará regida por esta ley” se debe entender (en armonía con

lo dispuesto en los arts. 7, 8, 13 y cc de LCT) que alude a la norma laboral imperativa más favorable de cualquier fuente.³⁸

El empleador es el responsable del fraude laboral ante su dependiente. ¿Qué quiere decir esto último? Lo siguiente: el acto fraudulento será nulo; la relación de empleo se regirá por la ley laboral (que había sido desplazada por el fraude) y así entonces el empleador deberá a su dependiente lo establecido en la norma del trabajo. Y si el empleador ejecutó el fraude en complicidad con un tercero, ambos serán solidariamente responsables ante el dependiente para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la norma imperativa laboral.⁴⁹

Lo hasta aquí expuesto tiene sustento en el deber de asegurar los derechos del trabajador (que impone el art. 14 bis de la Constitución Nacional, ampliado por los tratados enumerados en el art. 75.22 de la ley suprema) y, como mínimo, en los arts. 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14 y 38 a 44 de la LCT.

Buenos Aires, marzo y abril de 2025.-

³⁸ En este sentido el art. 7 LCT ordena: “Condiciones menos favorables. Nulidad. Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley.” El art. 8 LCT dispone: “Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación.” Mientras que el art. 13 LCT establece: “Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán sustituidas de pleno derecho por éstas.” Estas normas integran junto a los arts. 14, 31, 41, 42, 44 de la LCT un régimen antifraude a la ley laboral que, en definitiva, anula el fraude e impone (de pleno derecho y, en pleito, de oficio o sin que medie petición de la parte) la norma más favorable al trabajador (de cualquier fuente que sea) para regir la relación de empleo.- ⁴⁹ Al respecto no hay duda alguna. Ver por ejemplo de Justo López, ob. cit., pág. 145 y 146 (y nota 712). Para Grisolí las consecuencias ante la simulación y el fraude son la anulación del acto fraudulento o simulado, la regulación de la relación laboral por la legislación del trabajo, la condena solidaria del empleador con sus cómplices y el levantamiento del velo societario y la condena a los socios o directores (ver Grisolí, Derecho del trabajo y de la seguridad social, 8va edición, 2003, pág. 173).-