ORDEN PUBLICO LABORAL. FRAUDE Y SIMULACION. PROBLEMATICAS ACTUALES.

Javier Fernández Madrid

Índice:

1 - Evolución de las tendencias económicas y su impacto social en el país.

2 - Conceptos. Definición.

3 - El carácter de las normas estatales[1].

a) Normas de derecho necesario absoluto.

b) Normas de derecho necesario relativo.

c) Normas de derecho dispositivo.

4 - Intereses tutelados. Orden público laboral y orden público económico.

- Orden Público Absoluto.

a) Excepcional y transitorio.

b) Normal y permanente.

- Orden Público Relativo.

- La sustitución de las cláusulas nulas.

- Orden Público Económico.

5 - Simulación y Fraude.

a) Fraude.

[1] Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, 3ª. Edición actualizada y ampliada, pág. 583 (ver cita de Borrajo Dacruz, Efrén, "Introducción al Derecho del Trabajo", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 290).

b) Simulación.

c) La protección legal frente al fraude y la simulación.

ORDEN PUBLICO LABORAL. FRAUDE Y SIMULACION. PROBLEMATICAS ACTUALES.

Para entender los problemas actuales del derecho del trabajo, es necesario analizar los fenómenos económicos, sociales, políticos y jurídicos y los cambios fundamentales ocurridos en el mundo y en nuestro país, frente a la normativa que rige nuestra materia.

En el presente trabajo, haremos mención, en función del tema propuesto, de los derechos indisponibles o derechos de mínima, resguardados por el orden público laboral a través de la ley, del convenio colectivo o contratos individuales de trabajo y así, dejar aclaradas las diferencias que se advierten entre el orden público laboral y el denominado orden público económico.

1. Evolución de las tendencias económicas y su impacto social en el país.

La Argentina no ha sido ajena a la evolución de la economía en el mundo ni a los problemas sociales que ella ha acarreado por cuanto, las políticas implementadas desde el golpe de Estado de 1976, intentaron desmantelar el garantismo legal y la intervención del Estado.

En nuestro país, a partir del año 2003, se produjeron cambios importantes en la política económica y social, y el Estado pasó a tener mayor protagonismo. Se volvió al sistema jubilatorio de reparto y se legisló en materia laboral teniendo en cuenta el principio protectorio, derogándose leyes regresivas

como la 25.250 y los contratos especiales para fomento de empleo previstos en la ley 24.013. A su vez, se dictaron otras normas que tuvieron en cuenta el principio tutelar propio del derecho del trabajo. Así, entre las más significativas reformas puede mencionarse la eliminación de los tickets canasta y vales alimentarios, y la modificación de diversos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo, a saber: los artículos 9 -El principio de la norma más favorable para el trabajador-, 12 -Irrenunciabilidad- 17 bis -referido a la prohibición de hacer discriminaciones- y 66 -Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo-.

En tal sentido, como expresión de legislación progresiva, cabe destacar la nueva redacción dada al art. 12 de la L.C.T., que veda al empleador la reducción de mejores derechos sea cual fuera la fuente de la cual provengan.

Este proceso legislativo, fue acompañado por una jurisprudencia judicial progresista que aplicó los principios de los Tratados Internacionales, declarando expresamente que el trabajo del hombre no puede quedar librado a las fuerzas del mercado, y que ante todo, por tratarse de un derecho humano, debía ser protegida la dignidad del hombre (Caso "Aquino" C.S.J.N., entre otros)[2].

De la síntesis precedente, cabe concluir, entonces, que en épocas de crisis hay que afirmar con fuerza el principio de irrenunciabilidad, pues la hiposuficiencia se acentúa de tal manera que ante la imposición de condiciones peyorativas sin compensación alguna, estaríamos ante un vicio de la voluntad invocable cuando una de las partes abuse de la otra aprovechando su estado de necesidad (cfr. art. 954 del Código Civil).

Por ello, la estabilidad, en época de crisis, debe ser especialmente protegida, porque los despidos constituyen un abuso de derecho que atentan contra la paz social. Por el contrario, en tiempos de crisis económica

[2] Caubet, Amanda Beatriz, "Trabajo y Seguridad Social", Derecho del Trabajo y Economía, pág. 119 y sig. Ed. La Ley, 2013.

debe incrementarse la protección del trabajador frente a eventuales comportamientos desleales del empleador.

En consecuencia, lo importante es no perder de vista que el Derecho del Trabajo es un derecho protector de los trabajadores, que a través de normas imperativas e irrenunciables intenta moderar su hiposuficiencia. Esto justifica su aparición, su desarrollo y su vigencia actual.

2. Conceptos. Definición.

El Orden Público Laboral, es una instrumentación propia del derecho del trabajo, institución que tiene su basamento en el "principio de irrenunciabililidad de los derechos".

Es una especie del orden público, un acomodamiento del orden público general al derecho del trabajo, donde asume características propias[3].

Justo López, ha señalado que "la necesidad de imbuir con el orden público a las leyes sociales, tiene por objeto cubrir diferencias económicas, culturales, sociales y a veces de orden político. De allí que interesa al orden público que sus instituciones sean respetadas[4].

Para dicho autor, el fundamento del orden público laboral, deriva directamente del principio protectorio y de la desigualdad del poder negocial que normalmente existe entre el empleador y el trabajador individual[5].

Una ley es de orden público "cuando con un sentido de equidad ampara el interés general de la sociedad para la realización de una idea de

---

[3] García Martínez, Roberto, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Las Herramientas Propias del Derecho del Trabajo, Ed. Had-Hoc, 1998, pág. 316 y sig..

[4] López, Justo, ver su voto en el Plenario CNAT Nro. 101 de fecha 15/12/65 en autos "Chávez, Manuel y otros c/Lutgen Mora Ricotti" – Publicado: LL 121-449 - DT 1966-197.

[5] López, Justo, Fernández Madrid y Centeno, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", t I, p. 74.

justicia. El orden público, surja de la ley o de la naturaleza intrínseca de sus disposiciones, tiene una finalidad: corregir abusos de derecho y evitar injusticias en la organización social, y para lograr esa finalidad las normas jurídicas que gozan de esa jerarquía son de aplicación obligatoria e independiente de la voluntad de las partes; más aún, sustituye esas voluntades[6].

El orden público laboral está positivizado en nuestra legislación en los arts. 7 -Condiciones menos favorables. Nulidad-, 12 –Irrenunciabilidad- y 13 -Sustitución de cláusulas nulas-, que fijan un mínimo inderogable, sin perjuicio de su aplicación práctica en el resto de la legislación laboral.

En este sentido, se advierte que las partes no pueden pactar por debajo de los mínimos que establecen normas laborales (ley, CCT y contrato individual). En cualquier momento que lo hagan por debajo de esos mínimos inderogables, la convención será nula y sin valor, y producirá la sustitución de pleno derecho por las normas imperativas.

Fernández Gianotti[7], señala que el orden público es un conjunto de principios, de orden fundamentalmente político, económico y social, que se consideran esenciales para la existencia, seguridad y desenvolvimiento de una sociedad en una determinada época, refiriéndose el orden público laboral a la protección del trabajador subordinado, en tanto y en cuanto el Estado no puede desnaturalizar ese sentido tuitivo.

En el derecho del trabajo, especialmente en el individual, cobra relevancia dominante el principio de protección del trabajador subordinado, en tanto y en cuanto el Estado no puede desnaturalizar ese sentido tuitivo que tiene el derecho del trabajo".

---

[6] Suprema Corte de Buenos Aires, 19/02/74, derecho del Trabajo, p. 720, 1974.

[7] Fernández Gianotti, Enrique, "Orden Público laboral. Fraudes en el derecho laboral", Temas Jurídicos, N° 5, Buenos Aires, 1967, pág. 9.

Para Capón filas, el orden público laboral, “funciona como el principal concepto válvula en derecho laboral”, llevando al ordenamiento hacia los valores ideales de justicia social, solidaridad y cooperación[8].

Para Justo López, el orden público laboral instrumenta el principio protectorio limitando la autonomía negocial de las partes del contrato de trabajo, tanto en los negocios constitutivos como en los negocios liberatorios. El principio protectorio se extiende, de ese modo, hasta la satisfacción misma de los derechos del trabajador y forma parte de las garantías de satisfacción que configuran un régimen de indisponibilidad de los créditos laborales[9].

Dicho orden público, tiende a corregir situaciones creadas, abusos del derecho e injusticias previstas en la organización general, por lo que cumple una misión reguladora, reparadora y solidaria.

3. El carácter de las normas estatales[10]

En la clasificación de las normas estatales, Borrajo Dacruz, señala el triple carácter que se les atribuye:

a) Normas de derecho necesario absoluto: No pueden ser modificadas en ningún sentido, ni favorable ni adverso, por la autonomía social colectiva y pueden ser impuestas a las partes del contrato.

b) Normas de derecho necesario relativo: Con ellas, el Estado garantiza un determinado bien pero acepta que la autonomía de las partes colectivas mejoren tal garantía, con frecuencia en favor del trabajador.

---

[8] Capón Filas, Rodolfo, Derecho Laboral, t I, p. 84.

[9] López, Justo, Fernández Madrid y Centeno, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, t I, p. 197, Bs.As. 1987.

[10] Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, 3ª. Edición actualizada y ampliada, pág. 583 (ver cita de Borrajo Dacruz, Efrén, “Introducción al Derecho del Trabajo”, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 290).

c) Normas de derecho dispositivo: El Estado acepta que sean sustituidas.

En el derecho del trabajo, especialmente en el individual, cobra relevancia dominante el principio de protección del trabajador subordinado, en tanto y en cuanto el Estado no puede desnaturalizar ese sentido tuitivo que tiene el derecho del trabajo.

Américo Plá Rodríguez, explica que “todas las normas jurídicas son imperativas porque contienen un mandato. No son simples invitaciones, consejos o recomendaciones. Son órdenes. Si no, no serían normas”.

4. Intereses tutelados. Clasificación del Orden Público.

- Orden Público Absoluto.

a) Excepcional y transitorio.

Se refiere a una situación excepcional y transitoria donde dentro del marco de la Constitución Nacional pueden darse leyes de orden público absoluto que amparen el interés general de la sociedad por sobre el interés de los grupos o los particulares, para evitar situaciones susceptibles de comprometer a toda la organización social.

b) Normal y permanente.

Está integrado por las normas que reglan en forma permanente actos o conductas en aras del interés general. Estas normas tuitivas del trabajo, limitan la autonomía de la voluntad, ni siquiera permiten que las mismas partes contratantes negocien su presencia en el contrato. Dicha indisponibilidad, tiende a evitar el fraude (Por ejemplo: normas de la L.C.T., Contratos de objeto ilícito o prohibido (arts. 38 a 44); Principio de no discriminación (art. 172); Capacidad (arts. 32 a 36); invalidez de la renuncia (art. 58); Pago de la remuneración (art. 107).

A estas normas se suman, entre otras, las relativas a las obligaciones de las partes respecto de los organismos estatales, a las del empleador en materia de higiene y seguridad y, en términos generales, a las vinculadas con el régimen de la policía del trabajo, que forman un plexo normativo de imperatividad absoluta: es derecho necesario absoluto respecto del cual se veda a las partes el cambio de la preceptiva legal

- Orden Público Relativo.

Está constituido por todas aquellas normas de carácter imperativo que forman un piso mínimo inderogable “in pejus” y que deben ser respetados por las partes colectivas o individuales. Estas normas son de aplicación obligatoria y sólo admiten ser modificadas por la voluntad de las partes a favor del trabajador.

Así, el art. 7 de la L.C.T., referido a las condiciones menos favorables para el trabajador, limita la voluntad de las partes que sólo pueden pactar condiciones más favorables para el trabajador. Hay un piso determinado por el marco imperativo (ley y convenio colectivo).

El principio general se completa con el art. 8 de la L.C.T., vinculado a las condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo, en el que, tanto las convenciones colectivas como el laudo arbitral se imponen a la voluntad de las partes si son más favorables. Es la contracara del art. 7. La convención colectiva y el laudo arbitral, en su caso, aunque tienen fuerza “erga omnes” (son aplicables a todos los trabajadores de la actividad o del oficio o de la empresa, en su caso, afiliados o no afiliados al sindicato pactante del convenio) no deben ser probados en juicio, pero debe indicarse precisamente cuál es la cláusula de la convención colectiva cuya aplicación se requiere, pues los jueces no está obligados, ni pueden, aplicarla de oficio.

A su vez, el art. 12 de la L.C.T., dispone: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o el contrato individual, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”. El sentido literal de la cláusula es claro en cuanto a que se nulifica toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en las disposiciones que se indican. La irrenunciabilidad alcanza también a las cláusulas convenidas por las partes por encima de los mínimos legales y convencionales. También queda claro que las modificaciones en perjuicio son inadmisibles, excluyéndose que el silencio del trabajador implique un reconocimiento de derechos para el empleador.

Lo expuesto precedentemente, se relaciona con las alteraciones del contrato de trabajo (cfr. arts. 66 y 68 de la L.C.T. “Ius variandi”).

Cabe destacar, que el vínculo protectorio, se cierra con el art. 13 de la L.C.T., que dice: “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”. Es decir, que cuando las partes hayan puesto en el contrato una cláusula que modifique en perjuicio del trabajador los mejores beneficios establecidos por la ley o la convención colectiva de trabajo, se considerará reemplazada por la norma legal o convencional (sustituida de pleno derecho). En definitiva, siempre predomina la cláusula más favorable al trabajador (cfr. art. 7).

- La sustitución de las cláusulas nulas.

Cabe destacar, que mientras en el derecho común la nulidad, por regla general, priva de contenido válido al acto, en el derecho del trabajo suele

producir también efectos positivos. El vacío que deja la nulidad se llena automáticamente con las normas objetivas[11].

Es la solución que aporta el art. 13 de la L.C.T., “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”. Ello, cuando nos encontremos frente a un caso de nulidad parcial, no total, como cuando el objeto del contrato de trabajo es la prestación de servicios ilícitos o prohibidos (cfr. art. 38 LCT), en cuyos casos, la nulidad del negocio deberá ser declarada por los jueces, aun sin mediar petición de parte (cfr. art. 44 LCT).

Es decir, que cuando las partes hayan puesto en el contrato una cláusula que modifique en perjuicio del trabajador los mejores beneficios establecidos por la ley o la convención colectiva de trabajo, se considerará reemplazada por la norma legal o convencional más favorable (cfr. art. 7 LCT).

- Orden Público Económico.

Pretende conformar una categoría diferente del orden público general, propendiendo a interpretar los textos legales a la luz del derecho de propiedad o del derecho comercial. De esta manera, y de aceptar su vigencia, se dejaría de lado el principio protectorio de la dignidad y bienestar del hombre de trabajo, y se acentuarían de modo abusivo los poderes del empleador.

Este concepto difuso, permite que, a través de leyes de orden público, se pueden imponer normas que limiten las autonomías colectivas, con miras al interés general, fundadas en el orden público económico.

[11] Krotoschi, Ernesto, “Instituciones de derecho del trabajo”, p. 76, n° 48, Bs.As., 1968.

Rodríguez Mancini, al conceptualizarlo, refiere que “El orden público económico tiene por objeto mediato el bien común, y como finalidad inmediata la eficacia económica”[12].

En los años noventa, en el caso “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina y otro”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pronunció expresamente por la prevalencia de los contratos comerciales sobe el contrato de trabajo, haciendo hincapié en el tráfico de los negocios y en la necesidad de fomentar las inversiones y el desarrollo de los mismos. Pero ese criterio no ha sido reiterado por la nueva composición de la Corte que, a partir del caso “Aquino”, ha fulminado las leyes del mercado, haciendo prevalecer, en todos los casos, la protección del hombre y su dignidad sobre el orden económico.

5. Simulación y Fraude

Ambas figuras, se manifiestan, claramente, como la contracara del orden público laboral.

Una gran mayoría de los autores que han tratado el tema, citan las palabras de Ihering, quien sostenía que “toda la habilidad desplegada por el legislador para proteger la ley puede ceder ante las artimañas que la vida emplea para violarla, minarla y hacerla sucumbir”[13].

La idea de evasión se encuentra unida al principio del orden público laboral y a la consiguiente irrenunciabilidad de los derechos. En tal sentido, la ley laboral, protege al trabajador de esos fraudes.

---

[12] Rodríguez Mancini, Jorge, “Orden público y convenciones colectivas de trabajo”, Derecho del Trabajo, p. 6, 1973.

[13] Ihering, “Etudes complementaires del esprit du romain”, p. 55, París, 1913.

La ley se puede incumplir lisa y llanamente sin recurrir a este tipo de figuras (Por ejemplo, no realizar los aportes correspondientes).

Las figuras que tratamos, se representan como maniobras evasivas del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

a) El fraude laboral.

Es entendido como la infracción directa a la ley o, en otro sentid más riguroso, como la elección de caminos desviados para lograr el incumplimiento de la ley laboral.

Existe una tendencia general a evadir el cumplimiento de la legislación tuitiva, máxime cuando su imperatividad e irrenunciabilidad, unidas a los costos de las cargas sociales, son un incentivo para intentar vulnerarla.

En el fraude a la ley, no se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino que se coloca a la realidad bajo el imperio de una norma que no es la que propiamente le corresponde. El acto es real, claro y visible, y trata de aparecer correcto mediante la combinación de medios que, por sí mismos lo serían, si no fuesen valorados en su acción conjunta o resultado final alcanzado.

El fraude legal, constituye una violación oblicua de la ley y los perjudicados no son solamente los trabajadores, sino terceros interesados, como lo son los organismos de la seguridad social, los sindicatos y las obras sociales, entre otros (Por ejemplo, la interposición de personas y la adopción de figuras no laborales).

Es decir, que frustra la finalidad de la norma, aunque el negocio es real y su finalidad es la de obtener un resultado similar al que la norma prohíbe. Se produce cuando bajo el amparo de una disposición legal, se consigue un resultado prohibido por otra norma jurídica.

Se trata de una situación real por cuanto el negocio es legal y busca conseguir un resultado prohibido. Es una violación a la ley mediante un negocio real.

b) La simulación.

Se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia e 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 (Por ejemplo, aparentar formas contractuales no laborales; mediante la renuncia del trabajador, se encubre un despido que es el acto real, etc.).

Se trata de jun negocio ficticio, aparente.

c) La protección legal frente al fraude y la simulación

Las figuras descriptas representan situaciones irregulares y la ley de contrato de trabajo, para evitar esas evasiones, estableció diversas normas dirigidas a evitar el fraude en el contrato de trabajo: El art. 14, que fulmina los casos de fraude o simulación 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"*; el art. 23, *"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. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio"*; el art. 29, que contempla distintas hipótesis de intermediación: a) la del empresario que simplemente recluta a los trabajadores y mantiene una titularidad aparente. La

Ley, previendo toda posibilidad de fraude, convierte al beneficiario de los servicios en titular de los contratos de trabajo y al intermediario, testaferro o prestanombre, en responsable solidario de todas las obligaciones que surjan de sus respectivos contratos; b) el empleador suele utilizar a un capataz, a un supervisor o a un técnico para que se haga responsable de un grupo de trabajadores, formando o no una cuadrilla. En este caso, el empleador aparente (capataz o supervisor) es a su vez empleado del beneficiario de los servicios; la ley da la misma solución antes mencionada; c) las empresas de servicios eventuales realizan una intermediación legalmente autorizada que no excluye la responsabilidad laboral del beneficiario de los servicios (cliente o empresa usuaria). Se crea una relación triangular en virtud de la cual la titular del contrato de trabajo es la empresa de servicios eventuales. Esta empresa destaca en misión al trabajador en la empresa cliente o usuaria. Esta última tiene el poder de dirección relativo al trabajo concreto que se realiza en su ámbito, pero la empresa titular del contrato de trabajo es la empresa de servicios eventuales. Ambas son responsables solidarios por los créditos del trabajador.

Podemos concluir, en definitiva, que la Ley de Contrato de Trabajo es una ley antifraude, que tiende a proteger a la persona más débil de la relación laboral que es el trabajador, debido a esa relación de hiposuficiencia de base que se observa desde el momento de la contratación.-