

obligación por el saldo no sustituido, de lo que carecería su fuente o de causa.

2) El orden público laboral: La noción de orden público en el presente objeto de una acentuada preferencia por parte de la doctrina laboralista nacional, tal que hace al tema inseparable entre nosotros, por más que el modo en que se lo pasará por alto en otros países o en nuestra literatura especial, dada más tradicional, esté de alguna manera dando cuenta de que no es un tema necesario, al menos como tema diferenciado sistemáticamente (428). De hecho, como cualquier cuestión propia de la ciencia jurídica, su verdadera relevancia debe verificarse al fin en cuanto a si sirve o no, en concreto, como criterio que confluja a fundar las decisiones judiciales.

Del orden público laboral puede hablarse, en dos sentidos del mismo modo en que se lo hace en general, al tratar este tema en otras ramas de derecho (429). Se lo puede ver como una situación social de hecho en la cual el público, se mantiene espontáneamente en orden, sin apelar mayormente a la fuerza situacional a la que el ordenamiento jurídico puede y debe contribuir. O síno, como el carácter imperativo que pueden tener algunas normas.

(428) Como muestra, creo que suficiente, no registran al orden público como un tema diferenciado en el índice sistemático de sus obras: MONTESAMAMEL, CAR. Anaxos en su "Derecho del Trabajo", Madrid 2005 (quien tampoco lo menciona en el índice por nocies), ni FALDAMEQUE LOPEZ Y ALVAREZ DE LA ROSA, en su cit. "Derecho del Trabajo", (aunque en esta obra aparece mencionada en el índice de voces).

Entre nosotros, el orden público no fue parte del índice sistemático del "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" (Bs. As., 1921) de KROTOSCHIN, Embesero, ni del índice "Lineamientos de Derecho del Trabajo" (Bs. As., 1948) de DEVEALL, Mazón.

(429) Es difundida la alternativa, en la doctrina civilista nacional, entre por un lado la posición de LLAMBIAS, que define al orden público como una serie de principios "preexistentes", estrechamente relacionados al subsistencia de la organización social ("Tratado de Derecho Civil, Parte General", Bs. As., 1978, p. 162) y por el otro BORDA, para quien lo del orden público coincide con una imperatividad que dispone el legislador según el juicio que hace sobre los intereses sociales en cuestión ("Tratado de Derecho Civil", cit., tomo I, p. 51).

La idea de Llambias, creo que al fin se asocia con la antigua atribuida a Biggiani según la cual jurista es el "que a través de la prudencia, el uso y el estudio, conoce lo necesario para la conservación de la sociedad humana" (ULPIANO cit. por VICO, donde explica haberlo tomado OLEA, Ateneo, en su cit. "Introducción...", p. 11 y 12).

El primer punto de vista pone la atención en las causas de la imperatividad de ciertas normas con que el sistema jurídico se propone contribuir a mantener la situación de orden. El segundo se limita a observar la imperatividad como un efecto de esas (estas) causas, sobre determinadas normas, con lo cual, en el último sentido orden público e imperatividad son sinónimos sin ventajas para lo del orden público, porque, mientras lo imperatividad no produce ninguna dificultad de comprensión, lo del orden público es un término sin un significado neto ni un contenido bien acordado (430).

Pero además, en los hechos, pareciera haber todavía una tercera posición, o una tercera posibilidad de aplicación de la idea, esta de una manera casi completamente difusa y ambigua, según la cual da la impresión de que se pensase en el orden público como una cualidad diferencial no explicada que tienen ciertas normas, que las hace distintas y —en la medida en que una idea así se puede concretar— las jerarquiza o las hace predominantes respecto de otras del mismo rango formal, aún resistiéndose sobre derechos consolidados por otras anteriores. En este sentido la mención del orden público termina inevitablemente por evocar o por tratar de significar más de lo que dice y sobre todo— por acentuar algunas tendencias o posibilidades de uso autoritario que ya padece la idea de por sí misma (431).

Lo más común es que la noción de orden público se utilice en su segunda presentación, como sinónimo menos eficaz de imperatividad, aunque muchas veces sobrecargada con la alguna tercera posibilidad de añadir esas cualidades, no demos-

(430) Sobre la noción de orden público puede verse, de DELA FUENTE, HOWCO, que posiblemente sea, en materia laboral, el autor que con más énfasis y fundamentos intenta desarrollar un contenido y unas consecuencias concretas de la idea, tomo I, ps. 454 y ss.

(431) Es parte de una larga experiencia universal, la del procedimiento aparentemente benéfico, pero sustancialmente autoritario, por lo menos como tendencia, conllevado a una opinión que, naturalmente, será al fin la que pueda imponer como dominante quien tenga los medios y el poder para hacerlo.

trabales, que tendrían las normas que se proclaman o a las que se atribuye legal o doctrinariamente ese carácter.

La primera forma de ver las cosas, que en realidad es la única que puede tener algún rendimiento analítico, es muy difícil de encontrar en la literatura jurídica. Puede ser que este estado de las ideas se haya visto facilitado por el hecho de qué el Código Civil suele mencionar al orden público sin decir de que se trata, para disponer, p. e., que no puede haber convenciones particulares válidas contra leyes en cuya observancia haya interés público o de orden público. Pero resumido el concepto de orden público a este alcance, pierde, como digo, casi toda utilidad teórica y práctica.

Lo que puede seguir siendo de algún interés, es dilucidar la cuestión en el primero de los sentidos propuestos, o sea, en el de que manera el ordenamiento jurídico laboral contribuye al sostenimiento de la situación social de orden espontáneo, tal que explique o justifique la imperatividad de sus normas. Y esta cuestión, bastante ardua, se simplifica en la medida en que resulta más o menos evidente que el derecho del trabajo, o por lo menos, su base común a todo trabajador, compromete en su totalidad al orden público. Precisamente si no fuera porque se piense que sería difícil mantener el orden público a falta de una protección especial a los trabajadores, no habría derecho del trabajo, sino la regla general de la autonomía privada.

En cuanto a los límites del orden público laboral, en general se acepta que debe quedar sometido al orden público en general y a veces también, a lo que se llama el "orden público económico".

Sin embargo, lo cierto es que no hay más que un orden público, porque sólo hay unas condiciones vigentes de equilibrio social para cada comunidad en cada momento, y de estas condiciones tanto lo "laboral" como lo "económico", son partes diferenciadas sólo intelectualmente, con propósitos analíticos.

Lo que ocurre es que con bastante frecuencia se invoca el orden público general ó el económico (este último como el que

da prioridad a las condiciones de un funcionamiento eficaz de la economía) para poner límites o término a las normas laborales, pero sin explicar de que modo se hace la relación (432). Esta invocación a un orden público todavía superior al laboral, reproduce agravada la problemática general que se da respecto del concepto de orden público: el orden público económico, ha sido, muchas veces, un instrumento de uso autoritario, invocado sin explicar como ni de que se trata, para poner límite a derechos particulares, en función de la opinión que, sobre la cuestión, tenga quien ese momento pudo imponerla como un valor no discutible.

Al fin, no es que teóricamente la protección laboral—el orden público laboral—no tenga un límite, por más que, como se vio más arriba, este no sea fácil de determinar. Pero, en último caso, en materia jurídica y en vista de la necesidad de solucionar cuestiones concretas, los límites a las normas laborales deben buscarse en la Constitución Nacional, en donde seguramente está lo que el ordenamiento jurídico considera, con o sin acierto, relativo al orden público.

La cuestión con más alcance práctico, con respecto a este tema del orden público laboral, posiblemente consista en determinar hasta que punto las declaraciones o autodeclaraciones legislativas de ser una norma de orden público pueden o no ser revisadas por los jueces. Lo cual, en concreto, la mayor parte de las veces significa decidir sobre la validez, o la eficacia, de un contrato individual o de un convenio colectivo que se opongan a una ley que se calificó a sí misma como de orden público.

Al respecto, con carácter general, Borda sostiene que la declaración legislativa de orden público no es judicialmente revisable "puesto que la potestad del Poder Legislativo de reducir el campo de la autonomía de la voluntad en materia contractual, es indiscutible, salvo en cuanto puede afectar alguna garantía

(432) Por ejemplo en el fallo de CNTrab. en "Arcos c/ Los Cipreses" citado en la nota 397, se decidió la validez de que la ley 25.561 hubiera convertido a pesos unos salarios pactados en dólares en un convenio colectivo, apoyándose para ello en el "orden público superior" o "...absoluto".

Constitucional (433). Pero que puede ocurrir que en leyes complejas, haya que revisar si la declaración se refiere a todas o sólo a algunas de sus normas y "si resulta claro que los fines de la ley no se perjudican en lo más mínimo con la derogación contractual de aquellas disposiciones, si es patente que lo que se ha querido asegurar es el carácter imperativo de otros preceptos, el juez no debe considerarse obligado por la declaración de que la ley es de orden público, y debe admitir, por consiguiente, la validez de los contratos que deroguen esas normas, evidentemente supletorias".

Vázquez Vialard, por su lado, va más lejos y sostiene que el carácter de orden público de una norma surge de la materia de la que ésta se ocupa y no de lo que declare al respecto: "... no basta la manifestación que formule la norma, sino que es facultad del juez determinar en cada caso, si se da o no ese carácter" (434).

Y aclara todavía este autor, aunque de paso, que el tribunal sólo puede revisar la declaración legislativa, "en caso que se cuestiona el tema", o sea, que no podría hacerlo de oficio, tal como ocurría hasta hace poco con la revisión de la constitucionalidad de las leyes, que por antigua jurisprudencia de la CS, recientemente alterada, no podía ser encarada si no lo era a petición de parte, con la única excepción de los supuestos en que lo que quedase ambiguo constitucionalmente limitado, fuese la competencia misma del tribunal interviniente.

Sobre este punto de que sea posible o no la revisión de oficio o a petición de parte de una declaración legal de orden público, no existen antecedentes en la jurisprudencia, laboral, con los cuales cotejar la certeza de lo que se afirma o piense; fuera de que en cualquier sentido hay muy pocos elementos de juicio, porque el citado de Vázquez Vialard es de los pocos textos recientes sobre la cuestión, sino el único. Sin embargo, de todas maneras pareciera que puede aceptarse, como regla general, lo indicado, o sea, que la revisión judicial de la declaración de or-

(433) BORDA, GUILLERMO, su "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., 1987, Parte General, tomo I, ps. 72 y ss.

(434) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "Tratado de Derecho del Trabajo" dirigido por él, Bs. As. 1982, tomo 2, ps. 314 y 315.

den público procede, pero sólo a pedido de parte, esto último por razones conocidas, vinculadas más que nada al derecho de defensa de quien se quería apoyar en una ley que se dice imperativa, al privilegio formal o presunción que existe a favor de las declaraciones legislativas y a la debida relación que siempre debe existir entre los temas discutidos en un juicio y la sentencia que le pone fin.

a) El orden público según la jurisprudencia. Una forma de medir la importancia práctica de la noción de orden público, o si se quiere, de la característica imperativa de las normas laborales, es a través de la jurisprudencia.

Desde este punto de vista, en la revista Derecho del Trabajo, que puede tenerse como muestra válida en cuanto es la revista especializada que más tiempo lleva publicándose en el país, en los dieciséis años que van de 1990 a 2005, se registran veinticuatro fallos que utilizaron, con más o menos alcance, al orden público laboral como criterio de decisión (435). No parece una gran cantidad, proporcional a la mencionada importancia que en

(435) En orden temporal estos fallos son: CNTrab., sala II, 9/4/90, "Soverón c/Cia.", DT. 1990-B, 1622; CNTrab., sala IV, 13/08/90, "Aguilera c/Transportes", DT. 1990-B, 2335; CNTrab., sala II, 25/2/91, "Fernández c/ Rossi", DT. 1991-B, 1194; CNTrab., sala III, 17/9/90, "Casal c/Tubos", DT. 1991-A, 516; CNTrab., sala VII, 15/11/91, "Roveda c/ Banco Español", DT. 1992-A, 448; CNTrab., sala IV, 14/2/92, "Ferreira Revol c/ Instituto", DT. 1992-A, 503; CNTrab., sala IV, 31/3/92, "Sporior c/ Farmacia", DT. 1992-B, 1884; CNTrab., sala I, 30/4/92, "Jiménez c/La Cantábrica", DT. 1992-B, 1880; CNTrab., sala I, 10/5/91, "Olivero c/Monoport", DT. 1992-A, 894; CNTrab., sala I, 31/3/93, "Rodríguez Rosario c/ Consorcio", DT. 1994-A, 37.

CNTrab., sala V, 15/6/93, "Valvo c/ Telefónica", DT. 1993-B, 1102; CNTrab., sala IV, 26/6/95, "Jurez c/ Vialdas", DT. 1995-B, 1633; CNTrab., sala VIII, 31/10/97, "Alonso c/ Metrovías", DT. 1998-A, 915; CNTrab., sala VIII, 31/03/98, "Sánchez c/ Arcos Dorados", DT. 1998-B, 1475; CNTrab., sala VI, 27/02/98, "Rodríguez Teresa c/ Consorcio", DT. 1998-B, 1669; TS Neuquén, 20/03/98, "Hernández Solvato c/ Guerrero", DT. 1998-B, 2363.

CNTrab., sala VII, 17/6/98, "Maniz c/ Grafa", DT. 1998-B, 2353; CNTrab., sala III, 27/10/99, "Piretti c/ Bagley", DT. 2000-B, 1428; CNTrab., sala I, 28/3/00, "González c/ Sparling", DT. 2000-A, 1038; CNTrab., sala IX, 16/10/02, "Hoskins c/ Lera", DT. 2003-A, 814; CNTrab., sala X, 26/2/04, "Náñez Acosta c/ Telefónica", DT. 2004-A, 524; CNTrab., sala X, 16/4/04, "Grieco c/ I.N.D.E.R.", DT. 2004-B, 1232; Trtab. 2 Mar del Plata, 04/08/05, "Sansalone c/ Sereni", LIIJA, 2005-1121, fallo este último, que se agrega a la muestra en atención al alcance de su doctrina. Desde ya que como es tan frecuente en estos archivos sistematizados de información jurisprudencial, éste contiene visiblemente un cier-

trabales, que tendrían las normas que se proclaman o a las que se atribuye legal o doctrinariamente ese carácter.

La primera forma de ver las cosas, que en realidad es la única que puede tener algún rendimiento analítico, es muy difícil de encontrar en la literatura jurídica. Puede ser que este estado de las ideas se haya visto facilitado por el hecho de que el Código Civil suele mencionar al orden público sin decir de que se trata, para disponer, p. e., que no puede haber convenciones particulares válidas contra leyes en cuya observancia haya interés público o de orden público. Pero resumido el concepto de orden público a este alcance, pierde, como digo, casi toda utilidad teórica y práctica.

Lo que puede seguir siendo de algún interés, es dilucidar la cuestión en el primer caso de los sentidos propuestos, o sea, en el de que manera el ordenamiento jurídico laboral contribuye al sostenimiento de la situación social de orden espontáneo, tal que explique o justifique la imperatividad de sus normas. Y esta cuestión, bastante ardua, se simplifica en la medida en que resulta más o menos evidente que el derecho del trabajo, o por lo menos, su base común a todo trabajador, compromete en su totalidad al orden público. Precisamente si no fuera porque se piensa que sería difícil mantener el orden público a falta de una protección especial a los trabajadores, no habría derecho del trabajo, sino la regla general de la autonomía privada.

En cuanto a los límites del orden público laboral, en general se acepta que debe quedar sometido al orden público en general y a veces también, a lo que se llama el "orden público económico".

Sin embargo, lo cierto es que no hay más que un orden público, porque sólo hay unas condiciones vigentes de equilibrio social para cada comunidad en cada momento, y de estas condiciones tanto lo "laboral" como lo "económico", son partes diferenciadas sólo intelectualmente, con propósitos analíticos.

Lo que ocurre es que con bastante frecuencia se invoca el orden público general o el económico (este último como el que

da prioridad a las condiciones de un funcionamiento eficaz de la economía) para poner límites o término a las normas laborales, pero sin explicar de que modo se hace la relación (432). Esta invocación a un orden público todavía superior al laboral, produce agravada la problemática general que se da respecto del concepto de orden público: el orden público económico, ha sido, muchas veces, un instrumento de uso autoritario, invocados sin explicar como ni de que se trata, para poner límite a derechos particulares, en función de la opinión que, sobre la cuestión, tenga quien ese momento pudo imponerla como un valor no discutible.

Al fin, no es que teóricamente la protección laboral —el orden público laboral— no tenga un límite, por más que, como se vio más arriba, este no sea fácil de determinar. Pero, en último caso, en materia jurídica y en vista de la necesidad de solucionar cuestiones concretas, los límites a las normas laborales deben buscarse en la Constitución Nacional, en donde seguramente está lo que el ordenamiento jurídico considera, con o sin acierto, relativo al orden público.

La cuestión con más alcance práctico, con respecto a este tema del orden público laboral, posiblemente consista en determinar hasta que punto las declaraciones o autodeclaraciones legislativas de ser una norma de orden público pueden o no ser revisadas por los jueces. Lo cual, en concreto, la mayor parte de las veces significa decidir sobre la validez, o la eficacia, de un contrato individual o de un convenio colectivo que se opongan a una ley que se calificó a sí misma como de orden público.

Al respecto, con carácter general, Borda sostiene que la declaración legislativa de orden público no es judicialmente revisable "puesto que la potestad del Poder Legislativo de reducir el campo de la autonomía de la voluntad en materia contractual, es indiscutible, salvo en cuanto puede afectar alguna garantía

(432) Por ejemplo en el fallo de CNTrab. en "Arcos cf. Los Cipreses" citado en la nota 387, se decidió la validez de que la ley 25.561 hubiera convertido a pesos unos salarios pactados en dólares en un convenio colectivo, apoyándose para ello en el "orden público superior" o "...absoluto".

doctrina se le da a la idea, pero esto puede depender tanto de que en realidad sea un criterio con poca trascendencia práctica (que es lo que creo) como de que se trate de una noción tan aceptada como para que se la observe en los hechos sin llevarla a los tribunales.

Son casi exclusivamente sentencias de la CNTrab. y si se las agrupa por el tema —o por la norma comprometida— predominan las decisiones relacionadas al ejercicio del ius variandi (al art. 66 LCT) (436) y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales (437).

Fuera de esto, entre las conclusiones más destacables que sacan los tribunales a partir de la imperatividad de las normas laborales —o del orden público—, están la de que el contrato civil de locación de servicios debe tenerse por totalmente sustituido por el de trabajo (438), o la ya citada en sentido de que la imperatividad es una característica necesaria de las leyes de trabajo (439); o hasta que el orden público laboral se desprende del "insoslayable derecho básico universal", afirmación esta última que pone a la cuestión en una posición casi supraconstitucional, al menos según el alcance que CS, afirma que tiene el "derecho de gentes", pero sin llegar a una definición del todo clara, porque el fallo no distingue bien si en esa posición preeminente se ubican los derechos laborales de ley o todos, de cualquier nivel que sean (440). En particular, se afirmó que son de orden público los arts. 7º, 9º, 12, 14 y 15 LCT (441).

to margen de error (me refiero a las veces que la idea del orden público se haya mencionado en la jurisprudencia). Pero de todas maneras creo que esto no los invalida como muestra, salvo que el error sea predominante o delirante la muestra, lo que no me parece sea este el caso.

(436) Sentencias en los casos "Sánchez", "Pirretti", "Fernández" (este relativamente), "Cuello de Ortega" y "González".

(437) Sentencias en los casos "Aguilera", "Sanabria", "Houshous", "Pirretti", "Roveda", "González" y "Oliviera".

(438) Caso "Pereira".

(439) Caso "Romero", cit. en llamada (415).

(440) Caso "Sansalone". La superioridad del derecho de gentes o del consuetudinario internacional, no es una clara doctrina de CS, pero la afirmó en "Cabreré/ Salto Grande", 05/12/03 Fallos: 305:2150 —con relación esa vez al derecho a la jurisdicción.

(441) Caso "Rodríguez, Rosario".

En sentido negativo, o sea, en el de que el orden público de las normas no invalida determinados actos, dijo la jurisprudencia que el hecho de que un premio a la asistencia esté definido de modo que no se pague en caso de enfermedad, no vulnera el orden público (442); que como ya se citó en la nota 426 el orden público incide sobre el monto de la remuneración pero no sobre su distribución en conceptos o en su estructura (443); que no impide acordar rebajas de las comisiones de viajantes de comercio (444), ni produce automáticamente la nulidad de una conciliación por monto distinto del reclamado (445); que el acuerdo de desvinculación en que se pactan gratificaciones compensables con eventuales indemnizaciones por enfermedades profesionales no violenta el orden público (446); o que el orden público alcanza sólo a los derechos legales y de convenio colectivo (447).

También se sostuvo que si bien puede alcanzarse los derechos puramente contractuales, lo que no puede es apoyar genéricamente a un reclamo que no se sostenga con hechos causales (448); o, finalmente, en un supuesto concreto de "orden público absoluto", que éste protegía los intereses del fondo de garantía de accidente de trabajo establecido entonces por la ley 9688 (449).

3) El fraude laboral

a) La noción de fraude laboral. El fraude del que se ocupa el art. 14 LCT es un capítulo especial de la regla general de imperatividad de las leyes laborales, con el agregado, en este caso, de que para hacer valer esa imperatividad, es necesario sacar del medio una apariencia puesta para eludir. No es el caso simple

(442) Caso "Umbidez".

(443) Caso "Spronor".

(444) Caso "Olivencia".

(445) Caso "Severton".

(446) Caso "Hernández", caso "Alanz".

(447) Caso "González". Aunque sobre este particular debe tenerse presente el relevamiento completo de jurisprudencia referida al art. 12 LCT, que figura en su lugar, más adelante.

(448) Caso "Jáñez".

(449) Caso "Casal".

en que las partes, en ejercicio de una competencia o de una libertad que la ley no les reconoce, pactan francamente algo que queda por debajo de los mínimos obligatorios, sino el más complejo, en que tratan de evitar la aplicación de la norma de mínima por medio de una apariencia, que deja (aparentemente) ya sea a las partes o a una de ellas, o bien a toda la relación, fuera de su ámbito de aplicación. Para ejemplificar, el caso de fraude laboral no es aquel en que las partes se limitan a pactar una jornada de trabajo más extensa que la legal o una remuneración que queda por debajo de la que según el convenio colectivo corresponde a esa tarea. El fraude se da cuando en el contrato figura que el trabajador es "de dirección" no porque lo sea, sino para salirse de las obligaciones de limitación de la jornada; o cuando se hace figurar una categoría de trabajo inferior a la real, para justificar una remuneración menor (o el registro de una menor) a la obligatoria para esa categoría.

La cuestión es la genérica de la imperatividad porque en todo caso hay un acuerdo —o una voluntad unilateral— que dispone sin eficacia contra lo establecido por la norma imperativa. Lo distinto o lo característico y específico en el supuesto del fraude, es el disimulo, o la presentación engañosa, con los que se trata de lograr la eficacia jurídica de la que el acuerdo antinormativo carece. Lo diferente es que en este caso se trata de esconder la realidad a la que la norma se debiera aplicar, sustituyéndola por una apariencia según la cual no es así.

El supuesto, en general, coincide con la figura que describe el art. 955 del Código Civil: "es cuando se encubre un acto jurídico bajo la apariencia de otro o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras... o se substituyen o transmiten derechos a personas interpretadas". Solo que en esos términos del Código Civil, según lo aclara el art. 957, caben también actos fingidos pero no ilícitos, (que tienen un fin oculto, pero no ilícito) mientras que en derecho del trabajo, los actos con fraude o simulación son invariablemente antijurídicos, porque inevitablemente lo que persiguen es salirse de la aplicación de normas cuya aplicación es imperativa.

Resaltando el procedimiento del fraude o de la simulación, consiste en desligar un tipo legal de la consecuencia jurídica

dica que le corresponde, o, si se quiere, en apartar la consecuencia jurídica que según la ley se sigue de un tipo legal determinando, por vía de sacar completo, de desfigurar o de reemplazar a ese tipo, para poner otro en su lugar que en realidad no coincide con los hechos. Lo que se busca con el tipo legal reemplazan- te es evitar que se advierta que a los hechos en cuestión, lo que los describe con exactitud es el tipo reemplazado y que por lo tanto la consecuencia jurídica prevista para este último, que impone una responsabilidad laboral, debiera ser la que se sigue de esos hechos.

El desbaratamiento del fraude consiste en mantener obligado al responsable, pese a que haya querido salirse de su responsabilidad, ya sea fingiendo no ser parte de una relación o bien que la relación de la que es realmente parte no acarrea tal responsabilidad.

En doctrina es frecuente que se distinga la simulación (ilícita) del fraude como dos supuestos distintos, diferencia que en principio parece que se tomase o derivase de la forma en que está legislada la cuestión en el Cód. Civil, en donde primero está el capítulo de la simulación y luego el del fraude, como dos temas distintos (aunque emparentados, por eso están uno a continuación del otro) en la medida en que lo de simulación allí se refiere a cualquier apariencia jurídica engañosamente predispuesta para ocultar una realidad, mientras que lo del fraude no se define, pero pone el acento en otra cosa, que en última instancia, es la misma de la que luego se hicieron cargo las leyes sobre quiebras y concursos: se trata de evitar que quien es deudor, se desprenda de los bienes que forman su patrimonio y con los cuales debiera responder a sus acreedores sea que lo haga en apariencia o que lo haga efectivamente. Por eso es que el fraude, en el Cód. Civil, aparece casi sólo mencionado en función de la acción de retención (pauliana).

También puede ser que la diferencia entre fraude y simulación parezca nominalmente habilitada por una forma posible de leer el art. 14, en la medida en que éste se refiere a ambos términos con un "o" entre ellos y esto puede querer significar una alternativa entre dos cosas distintas, o ser una sinonimia, y no hay forma de determinar si la ley quiso decir una cosa o la

otra. En la doctrina laboral, se la explica sobre la base de que en el caso de fraude se está frente a un negocio verdadero (ésta sería la diferencia decisiva), por más que sea uno que trata de excluirse de la norma mediante un rodeo que aparenta adaptarse a derecho (esta parte no tan clara o no siempre así), mientras que en el caso de simulación, en cambio, lo que hay es un negocio ficticio destinado a ocultar el verdadero (450), explicación de la diferencia que tiene algunas coincidencias con lo que trata el Código Civil, en cuanto que como se acaba de ver, según éste el negocio fraudulento puede ser un negocio verdadero que trata de evitar una responsabilidad que se evidencia como tal, y tanto puede ser verdadero que hasta puede ser un negocio válido o eficaz. Pero lo cierto es que en este ámbito no se cuenta con muchos ejemplos que ilustren esta diferencia, salvo que se vea en el mismo art. 14 —con los ejemplos que este provee— a la interposición de personas como supuesto de fraude y a la utilización de figuras no laborales como uno de simulación.

De todas maneras esta distinción entre el fraude y la simulación puede ser más ardua que útil, en la medida en que parece carecer de alcance práctico, en el único sentido en que podría tenerlo que es el de facilitar el reconocimiento de estos casos de ilicitud por evitación de la ley. De hecho no es una distinción a la que se atengan los tribunales, posiblemente porque pareciera pensada atendiendo a aspectos de la cuestión que no son los más relevantes en materia laboral, con lo cual se arriesga dejar conceptualmente de lado —poco o mucho— lo que todo este material tiene en común y que es lo que sirve para sacar rendimiento de la figura. De lo que se trata es de que en todos los casos de fraude o simulación hay una presentación engañosa, un intento de disimulo o, al fin y al cabo, una falsedad, arbitradas para eludir la responsabilidad que correspondería a una presentación sincera de las cosas. Y esto es lo que hace diferencia con el fraude tal como lo legisla el Código Civil y termina por identificar al laboral con la simulación. Con el fraude del Código Civil de lo que trata es de suprimir el patrimonio con el cual se debiera responder, pero no se altera la obligación ni en apariencia. El tipo legal sigue ligado a la misma consecuencia jurí-

(450) LOPEZ Justo, su "LCT comentada...", cit. tomo I, ps. 132/142. También TOSCA, Diego, en el "Tratado..." dirigido por Ackermann, cit., p. 742.

dica de responsabilidad, sólo que deja de haber bienes sobre los que forzar ese compromiso. Con el fraude laboral, en cambio, de lo que se trata es de suprimir la responsabilidad pese a que el patrimonio como tal se mantenga competente para enfrentar el cargo; en este caso se desfigura el tipo.

Lo específico, lo característico y lo decisivo para que se configuren la simulación o el fraude en materia laboral, es el engaño o la falsedad. Y esto es común a ambos supuestos, si es que realmente son distintos. P. e., para tomar los dos que contiene el mismo 14 LCT, tanto en la utilización de figuras no laborales como en la interposición de personas hay un engaño, sólo que con ese en el primer caso se trata de sacar a una situación íntegra de un tipo legal del que derivaría responsabilidad laboral, mientras que en el segundo lo que se trata es de excluir sólo un sujeto de ese tipo contractual, lo cual es, o es lo mismo, que decir que el contrato es otro (entre otros sujetos). En ambos casos lo que se está haciendo es tratando de salirse de la consecuencia jurídica (de responsabilidad laboral) a través de un engaño.

No parece, en definitiva, que en el supuesto de interposición de personas el punto de vista que más ayude sea el de que hay un negocio verdadero entre el presionante y el trabajador, negocio que se considera verdadero aunque con él se trate de evitar la responsabilidad del contratante principal. Lo que auxilia para desbaratar el fraude, más bien, es ver las cosas como que el verdadero negocio, sustancialmente, es el entre el trabajador y el contratante principal, negocio y sujeto verdaderos que se esconden detrás del negocio con el interpuesto, que de real sólo tiene la apariencia.

b) Los casos de fraude legislados. El art. 14 de la LCT se refiere expresamente —para ejemplificar su definición genérica— a los dos supuestos de fraude laboral más conocidos y repetidos en la historia del derecho del trabajo: la utilización de figuras no laborales y la interposición de personas.

La utilización de figuras no laborales es todavía muy frecuente hasta el punto de que, como se verá enseguida, de una muestra de jurisprudencia de 63 Fallos referidos al fraude laboral, dictados entre 1990 y 2005, todavía uno de los grupos mayores (13 fa-

