

Por CARLOS A. TOSELLI

Art. 10: Conservación del contrato

En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato

El contrato de trabajo en función de sus notas de informalidad y tracto sucesivo está llamado a perdurar en su vigencia hasta que opere la condición resolutoria planteada por el art. 91 o bien que se configure alguna de las hipótesis que habilitan la extinción causada del vínculo.-

En esta primera aproximación, como se podrá advertir se trata de desmitificar la postura jurídica, a mi entender errónea, de que el despido sin expresión de causa o motivo, es un modo normal de extinción del contrato. Creo, aunque ello, no es objeto de este comentario, que ni siquiera es un modo habilitado de culminación de la vinculación laboral. Simplemente la LCT estipula una consecuencia patrimonial de la decisión rupturista patronal, pero claramente como señalaba Julio López estamos en presencia de un ilícito contractual.

Esta postura de continuidad indefinida del vínculo fue expresamente ratificada por una de las normas más precarizadoras que tuvo la legislación de la década perdida en materia de derechos laborales, es decir la década menemista, como fuera el art. 27 de la ley 24.013 que expresamente así lo señala¹.

Es cierto que no existiendo ligamen forzoso, ambas partes pueden individual o conjuntamente decidir que el vínculo que los unía puede llegar a su culminación antes de

¹ Art. 27 Ley 24.013: Ratifica la vigencia del principio de indeterminación del plazo como modalidad principal del contrato de trabajo

la condición resolutoria fijada por el art. 91. En ese sentido debe considerarse la renuncia prescripta por el art. 240, la extinción por mutuo acuerdo del art. 241, el abandono de trabajo establecido en el art. 244 y las causales vinculadas con la injuria patronal –despido indirecto, art. 246- o del trabajador –art. 242, que configura la injuria laboral y que a la luz de la evaluación judicial permitirá concluir que tal incumplimiento contractual configura un ilícito contractual de tal magnitud que torna imposible la continuidad del vínculo laboral.

Ello implica un juicio valorativo del Juzgador, que deberá ser verificado bajo el prisma de la naturaleza de este contrato particular donde el trabajador pone su fuerza laboral, que normalmente es todo con lo que cuenta, a favor de un tercero, denominado por la ley, empleador, por el pago de una remuneración que, como se ha señalado de manera reiterativa, reviste naturaleza alimentaria y asistencial, es decir habilita a la subsistencia cotidiana y adquiere un carácter dramático en muchas ocasiones: la necesidad de contar con tal ingreso periódico.

Esa pauta o baño de realidad, es el que el Juzgador ha de tener presente cuando esté llamado a evaluar si un contrato laboral subsiste o ha concluido.

Lógicamente que, como la norma lo señala, debe existir una hipótesis de duda, en la evaluación que le permita al intérprete judicial, señalar, que a falta de elementos concretos en sentido contrario ha de prevalecer este contrato que toma en cuenta la actividad creadora y productiva del ser humano en primera instancia y sólo en segundo término la realidad del intercambio económico que subyace al vínculo contractual.-

Desde ese punto de vista y verificando las distintas posibilidades, la hipótesis del art. 240 no parecería generar dudas, salvo que en ese sentido se cuestionara la libre expresión de voluntad del trabajador como sujeto renunciante, pudiendo ser una alternativa de descalificación la normativa del art. 332 del CCyC², existiendo en ese sentido diversos

² Art. 332 CCC: Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda....

precedentes, pero que no conllevan normalmente al renacimiento del vínculo así extinguido, sino a su disolución, por vía de la convalidación del despido indirecto en que se colocara el trabajador cuando intentara retomar el vínculo y el empleador le opusiera su “renuncia” como modo impeditivo para tal continuidad.- Destaco, en ese sentido, que más allá de algún precedente aislado, la renuncia es un acto unilateral del trabajador, que no requiere para su efectivización, la conformidad o consentimiento patronal

Resulta más complejo el análisis de la hipótesis del art. 241 de la LCT, especialmente en aquella versión que hace referencia al acto bilateral tácito, porque no es para nada simple dilucidar cuando estamos en presencia de actos bilaterales que conduzcan a una conclusión inequívoca de voluntad extintiva. Ahí es donde sí el Juzgador tendrá que aplicar la directiva del art. 10 en su evaluación.-

De igual manera la regla del art. 10 de la LCT será la que imperará a la hora de confrontar los despidos causados, ya que la razonabilidad, contemporaneidad, proporcionalidad y el non bis in ídem, marcarán las pautas de conducta que tendrá que emplear el Juzgador en su respuesta sentencial.

Caso especial resulta el supuesto del art. 244 de la LCT, ya que para que se configure la situación de abandono es pacíficamente aceptado que se requiere la existencia de un elemento objetivo, que es la ausencia del trabajador a prestar su débito laboral, pero además y de manera preponderante y dirimente debe configurarse el elemento subjetivo del deseo del dependiente de abandonar su vinculación contractual.

Por supuesto que el análisis de la extinción del vínculo y su cuestionamiento judicial, no son los únicos casos donde impera el art. 10, sino que en todas aquellas variantes donde estén en juego interrupciones que alteren el ritmo normal, a través de la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo (aunque siempre con la idea de preservación del contrato, tomando en cuenta como decía el profesor Jorge Rodríguez Mancini, que debe existir posibilidad real de su reanudación futura).

En razón de esta disposición es que también debe tenerse presente la prohibición de convalidación de la presunción del silencio del dependiente que conduzca a la pérdida o renuncia de derechos, conforme art. 58 LCT, con la sola excepción del art. 186 de la LCT,

que allí sí, por mandato legal se termina aceptando una extinción vincular contraria al principio en análisis y que en muchos casos la jurisprudencia ha ido morigerando, quitándole su operatividad automática y requiriendo de manera previa la intimación a retornar a prestar tareas bajo los apercibimientos de la aplicación del art. 183 inc. b).

Art. 11: Principios de interpretación y aplicación de la ley

Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirán conforme a los principios de justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

En el esquema legal argentino no existe la posibilidad de que el Magistrado se abstenga de pronunciarse so pretexto del silencio u oscuridad de la ley. En los procesos comunes si la parte a cuyo cargo se encuentra el onus probandi, no logra su demostración contundente, la respuesta normal conduce a la desestimación de la acción incoada

En el proceso laboral, esa regla está condicionada por mandatos del legislador que generan herramientas para el Magistrado a la hora de la resolución del conflicto. Fundamentalmente en la ley sustantiva se encuentran diferentes hipótesis presuncionales que generan la inversión de la carga probatoria (arts. 55, 178, 182, etc), pero también los diversos procesos adjetivos determinan otras herramientas (a más de las presunciones) como los indicios, la prueba tasada, la inversión de la carga probatoria o la prueba solidarista, orientadas todas en sentido protectorio.

Sin embargo, el problema de este artículo se encamina como bien señala Eduardo Alvarez³ a un aspecto más complejo, cual es el de las lagunas del derecho⁴, es decir aquellos supuestos donde el sistema normativo no da respuesta acorde para encaminar su solución, que desde ya, debe señalarse son casos extremadamente escasos, debiendo dejarse de lado

³ ALVAREZ, Eduardo en MAZA, Miguel Angel, Director, Régimen de Contrato de Trabajo comentado, Tomo I, p. 221 y siguientes

⁴ Para profundizar este tema se recomienda la lectura de ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales – Colección mayor – Filosofía y derecho – Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993

aquellas hipótesis de lo que se ha dado en denominar “lagunas axiológicas”, que son aquellos supuestos donde la norma da una solución legal, pero el intérprete la considera injusta y decide su inaplicabilidad.-

Ello, en muchos casos, puede conducir a planteos de donde derivan declaraciones de inconstitucionalidad que terminen dejando incompleto el sistema jurídico, caso de lo que aconteció en el célebre precedente “Vizzoti” donde a la declaración de inconstitucionalidad del tope legal por parte del máximo tribunal de la Nación, este mismo Tribunal pretorianamente aplicó una regla hasta ese momento inexistente (que la limitación del tope del art. 245 sobre el salario del trabajador despedido no debía superar el 33%, ya que de lo contrario se tornaba en confiscatorio).

Pero, en otras hipótesis se han forzado respuestas de conformidad con la preferencia del Magistrado. Así está la situación del art. 1 de la ley 25.323, donde a pesar de que el texto legal implica la duplicación de la indemnización del art. 245 de la LCT, cuando el trabajador se encuentre no registrado o lo estuviere de modo irregular, el dilema que se planteó fue para aquellos casos en que se consideró inválido el reclamo del accionante en cuanto a la procedencia del art. 245, pero a su vez también se demostraba la incorrecta registración del trabajador dependiente.- En ese sentido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, zanjó la cuestión, afirmando que la remisión a la norma del art. 245 de la LCT, era simplemente una norma de referencia, con lo que amplió los alcances de la disposición del art. 1 de la ley 25.323, a los supuestos de renunciias, mutuo acuerdo extintivo y despidos con causa debidamente demostrada, con el argumento referido a la teleología de la norma sancionatoria, que lo que buscaba era erradicar el trabajo informal⁵.—

En sentido contrario a esta postura y aunque, técnicamente, no era un caso de laguna del derecho, existen precedentes de tribunales que morigeraron los alcances del art. 132 bis de

⁵ T.S.J. Córdoba: “Cabe agregar finalmente, que no obsta a la admisión de este ítem la conclusión arribada sobre la indemnización por antigüedad. Ello atento a que el dispositivo en cuestión, cuando indica incrementar al doble la indemnización prevista en el art. 245 LCT, no refiere a que la sanción se encuentre sujeta a la procedencia de esta última, sino que determina un parámetro para fijar su cuantía. “ Autos:”**STERRANTINO DIEGO EZEQUIEL C/ DA ROSA MARIO CHRISTIAN - ORDINARIO - DESPIDO**” RECURSO DE CASACIÓN - 3144164- Sentencia 63 de fecha 19 de mayo de 2.017

la LCT considerando que mandar a pagar salarios continuativos por todo el tiempo que duró el proceso, cuando el monto no ingresado a la AFIP, era mínimo, generalmente correspondiendo a intereses por mora resultaba excesivo y arbitrariamente estableció que en tal caso la sanción legal se reducía a un número menor de salarios, teniendo en cuenta la equidad y el principio de no enriquecimiento sin causa.

Ello refuerza la idea de Kelsen de que en realidad no hay lagunas, por cuanto “donde se pretende ver una laguna no hay, en rigor de verdad, otra cosa que la divergencia entre el Derecho Positivo y otro derecho considerado mejor o más justo”⁶

El segundo aspecto que plantea el artículo en análisis tiene que ver con la analogía, que es una alternativa de solución que da la norma, a los casos de lagunas de derecho constatadas, pues de lo contrario, rige la completitud del ordenamiento jurídico, que no tendría las fisuras que obligarían a recurrir a modos alternativos de solución jurídica del conflicto.

La analogía permite utilizar la misma solución de un caso reglado, a uno que no lo está, por la similitud de casos analizados o considerados. Como bien señala Eduardo Alvarez aparece como un procedimiento que se basa en la semejanza de dos situaciones afines: una regulada y otra que no lo está, mediante la extracción de una suerte de principio, que es capaz de abarcar ambos supuestos y orientar la solución del conflicto⁷.

Sin embargo, la misma LCT establece una limitación contundente a esta posibilidad al vedar la aplicación extensiva o analógica de las CCT (art. 16 LCT), ello en atención de que en tal materia negocial colectiva rige el “do ut des” que impera en dicho proceso y que quedaría claramente desvirtuado si por vía analógica se incorporaran al marco convencional supuestos previstos para otra actividad, régimen o estatuto.-

La parte final del artículo esboza 4 modos de solución del conflicto de lagunas y donde tampoco sea posible la interpretación analógica, esto es que el Magistrado a la hora de resolver, a falta de otra variante jurídicamente más adecuada, deberá hacerlo mediante el

⁶ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, p. 256, Ed. Porrúa, México, citado por ALVAREZ, Eduardo, op. Cit. P. 223

⁷ ALVAREZ, Eduardo, op. cit. p. 225

principio de justicia social, los principios generales del Derecho del Trabajo, la equidad y la buena fe.

Es interesante que para el legislador de la LCT, el principio de justicia social, no conforma un principio de la hermenéutica laboral, más allá que el siglo XX fue el del constitucionalismo social, a partir de la existencia y reconocimiento de Convenciones y Pactos Internacionales que le otorgaron a los derechos laborales inserción indiscutida dentro del *Ius Cogens*.-

La reforma constitucional del año 1.994, consagró de manera clara este principio en el art. 75 inc. 19 al disponer que corresponde al Congreso de la Nación: *“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”*

También en diversos precedentes la Corte nacional invocó el principio de justicia social para tratar y resolver cuestiones atinentes a disputas laborales.

Lo que pasa es que en todos esos casos se utiliza de modo complementario y no como fuente exclusiva que otorgue la solución jurídica.

Obviamente que al hablar de los principios generales del Derecho del Trabajo está haciendo referencia a los distintos principios consagrados en la parte general de la LCT, tales como el principio protectorio, el de irrenunciabilidad, el de primacía de la realidad, el de razonabilidad, el de igualdad y no discriminación y, a mi entender también merecen ser considerados en idéntico rango el principio de progresividad y el *pro homine*, sobre todo a partir del decidido activismo de la Corte Suprema Argentina, en su anterior composición en ese sentido.

Parece lógico que se tengan en cuenta no solamente los principios normativizados, sino aquellos que son considerados incorporados a través de precedentes judiciales.-

La norma en análisis también contempla dos principios tradicionalmente reconocidos como dentro de los principios generales del derecho del trabajo, pero señalados aquí de manera diferenciada: la buena fe y la equidad. Respecto del primero de ellos, está previsto como modo de interpretación del derecho y no como regla de conducta, tal como sí lo

prevé el art. 63 de la LCT. Con relación a la equidad tiende a hacer más justa la solución legal en atención a la situación de las partes contratantes y a las circunstancias que rodearon el caso.

Dentro de los ordenamientos procesales, existe una variante, que no obstante no ser un supuesto de laguna de derecho permite avanzar en la utilización de estos últimos dos presupuestos, que es el caso del juicio arbitral que se aplica a conflictos entre familiares y que permite al Magistrado para arribar a una solución equitativa poder apartarse de la norma legal y resolver conforme los principios de la buena fe y de la equidad (art. 633 del C de PC. de aplicación supletoria al proceso laboral cordobés de conformidad a lo prescripto por el art. 114 de la ley 7987)⁸

Art. 12 – Irrenunciabilidad:

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 los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción

El derecho laboral supone un marco contractual donde prima la diferente fuerza negocial, todo lo cual deriva en la necesaria intervención estatal a través de la actuación heterónoma a la hora de delinear el marco normativo individual, ya que es también fuente de derecho la autonomía colectiva donde se supone que tal desigualdad es equiparada por la actuación del colectivo de actividad.-

Ello da nacimiento al orden público laboral, como modo de marcar los derechos mínimos inderogables que van a regir al contrato de trabajo y donde el Estado a través de su

⁸ Art. 633 Cde PC. El arbitraje forzoso es por su naturaleza de amigable composición y los árbitros deben fallar las causas “ex aequo et bono”, moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes y dando a los elementos de prueba mayor o menor eficacia de las que les corresponda por derecho.

normativa reguladora suplanta la autonomía de la voluntad individual por ésta que considera inherente al mínimo *minimorum* de condiciones laborales y salariales.-

Sin embargo durante mucho tiempo se discutió en doctrina y también a través de diversos precedentes judiciales si era posible la renuncia a futuro de derechos individuales superiores a los mínimos legales. Es decir, existía consenso de que no era factible una renuncia retroactiva y que los derechos así devengados eran créditos a favor del dependiente, pero tal respuesta no era uniforme cuando la discusión se hacía respecto de la posibilidad de pactar nuevas condiciones laborales, menos favorables que las anteriores pero que no perforaban el mínimo legal y/o convencional. Para algunos autores está situación consagraba una novación subjetiva del contrato individual que no estaba vedada por el ordenamiento positivo y que habilitaba en tiempo de crisis, una readecuación de ciertas condiciones del contrato individual, para preservar la fuente de trabajo.-

En este debate fue importante la postura doctrinaria sentada por el Dr. Eduardo Alvarez, quien sosteniendo que la renuncia es un acto jurídico unilateral por el cual alguien abdica o se desprende un derecho propio, diferencia entre los mínimos inderogables del orden público laboral y por el otro lado el de los mayores derechos que tienen como fuente el contrato, afirmando que aquellos derechos que surgen de normas de orden público imperativo son irrenunciables, mientras que por el contrario aquellos que tienen por fuente el contrato son disponibles pero irrenunciables, expresando que entre la indisponibilidad y la irrenunciabilidad hay una relación de género a especie.-

En esta línea conceptual estipula que aquellos derechos que conforman el orden público laboral, no pueden ser negociados, ni aún a título oneroso (indisponibilidad absoluta), en cambio los mejores derechos contractuales pueden negociarse a título oneroso, manteniéndose la imposibilidad de abdicarlos gratuitamente (irrenunciabilidad con indisponibilidad relativa)⁹

La modificación dispuesta por la ley 26.574 vino a consolidar el concepto de irrenunciabilidad ampliando sus efectos a decisiones de tipo individual.

⁹ ALVAREZ, Eduardo, op.cit. p. 254

No obstante esta supuesta tajante prohibición, existen casos como el de la ley 24.557 con la reforma operada por la ley 26.773 que determina (a pesar de la prohibición legal del art. 11 de la normativa especial) que la elección de la vía procesal tendiente a la reparación especial prevista por la normativa civil o la percepción de alguna suma de dinero por dicha normativa implica de suyo la renuncia a la posibilidad de percibir la indemnización prescripta por la legislación tarifada. Este aspecto ha tenido algún mejoramiento desde el punto de vista normativo con las Resoluciones 298/17 y 899/17 de la SRT (más allá del juicio crítico que el suscripto tiene respecto de tal proceso administrativo), ya que al realizarse la audiencia de acuerdo luego de la determinación del grado de incapacidad por la Comisión Médica interviniente en la denuncia necesaria para activar el trámite conforme ley 27.348, el Secretario Técnico letrado verifica que el trabajador consiente el acuerdo en cuanto a su libre discernimiento y le debe explicar que una vez homologado el mismo, ello implicará la renuncia a cualquier posibilidad de reclamo ulterior de conformidad con la ley 26,773, generando de esa manera la opción prescripta por el art. 4 de dicha normativa.

En un reciente pronunciamiento se discutió si las rebajas salariales dispuestas por acuerdos colectivos tenían impacto en los contratos individuales, expidiéndose la Sala de la CNAT en sentido contrario al sostener: “El cambio o supresión afecta el orden público de protección, que actúa como marco de licitud de las contrataciones, pero esto significa solamente que se podrá contratar individualmente a un nivel inferior, no que automáticamente se modifiquen las condiciones de la contratación individual”, destacaron. En este expediente, “la remuneración de los trabajadores era un derecho disponible para ellos, pero solo a condición de que hubieran convenido percibir a cambio una contraprestación equivalente, en tanto constituía -además- un derecho irrenunciable”. Por otro lado,

la demandada no efectuó una explicación adecuada de cuáles fueron las razones que motivaron las modificaciones remuneratorias en el acuerdo cuestionado.¹⁰

Art. 13. Substitución de cláusulas nulas

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 serán substituidas de pleno derecho por éstas.

Conformando el principio protectorio, la norma en análisis, establece el mecanismo de conversión de la cláusula nula por aquella que el infractor ha tratado de evitar.

Esta disposición consagra dos aspectos diferenciados: por un lado dentro de la licitud contractual implica la aplicación del art. 7 de la LCT en cuanto consagra la utilización de las condiciones más beneficiosas que surjan por imperativo de normas legales o convencionales.

Respecto de las normas convencionales, autores como Vázquez Vialard sostiene que ha de tenerse en cuenta el mecanismo habilitado por la legislación argentina del conglobamiento por instituciones, ya que de lo contrario se generaría una acumulación no habilitada ni deseada por los paritarios convencionales. Esta hipótesis se da fundamentalmente cuando a través de la negociación colectiva se generan aumentos convencionales en ciertos ítems en desmedro de otros, pero que en la comparación por instituciones resulta en esencia más favorable.

El segundo aspecto tiene que ver con prohibición o ilicitud y en algunos casos será subsanable si ello resulta posible (p.ej horario de trabajo nocturno del menor, que puede ser sustituido por una jornada laboral diurna, permitida por el régimen tuitivo) o de imposible convalidación (p.ej contratación de una mujer para trabajar en los días inmediatamente posteriores al parto). Con relación al objeto ilícito, es decir

¹⁰ CNAT, Sala V, Autos: Carrizo Segundo Dalmacio y otros c/ San Timoteo S.A. s/ Diferencia de Salarios – Sentencia de fecha 24 de setiembre de 2.019.-

fundamentalmente el que sea contrario a la legislación, no parece posible su sustitución, p.ej. el caso de un conductor de vehículos contratado para la comisión de un robo y posterior huida. Si bien la actividad de chofer de vehículos generaría un vínculo laboral válido el objeto de la contratación viola la legislación penal argentina y en tal caso el contrato en sí, carece de efectos ni de consecuencias laborales entre las partes por imposición de lo dispuesto por los arts. 39 y 41 de la LCT

Existe una zona gris evidentemente en aquellos otros casos que la ilicitud contractual surgiría del hecho de estar en contra de la moral o las buenas costumbres (más allá de la excepción que la misma normativa habilita) ya que es sabido que tal concepto es mutable por cuestiones históricas, políticas o culturales referidos a la vida en sociedad. Es claro, por ejemplo, que actitudes que pudieran estar en contra de las buenas costumbres o de la religión incluso, en los países árabes, carecen de relevancia en el ordenamiento positivo argentino. De igual modo y simplemente para hacer referencia a las costumbres si visualizamos la forma en que la gente se vestía para bañarse en lugares públicos a principios del siglo XX, con la evolución que ha tenido tal supuesto hasta llegar al concepto actual en el siglo XXI, se advierte tal imposibilidad.

Otro aspecto importante que debe ser analizado es que la sustitución opera retroactivamente y también hacia el futuro. Es decir que la cláusula cuestionada del contrato es remplazada por la cláusula legal o convencional aplicable al caso y dicho contrato por el principio de continuidad que vimos al analizar el art. 10 se mantendrá en vigencia con las nuevas cláusulas, por lo cual tiene efectos ex tunc y ex nunc.

Más allá del valor legal que se pueda extraer de las consecuencias de la sustitución es indudable que el legislador de la LCT ha querido dar una fuerte apreciación moral para quien pretende eludir sus pautas o normas. No sólo que el contrato no se perfeccionará del modo instrumentado o pactado, sino que además el mismo será válido desde el mismo inicio o sea desde su nacimiento con la cláusula sustituida.

Art. 14. Nulidad por fraude laboral

Sera 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.

La Ley de Contrato de Trabajo trata de manera similar dos institutos de derecho civil, que responden a distintos fundamentos, la simulación y el fraude.-

Sin embargo, ambos buscan un objetivo puntual, eludir la aplicación de la legislación laboral por vía de la utilización de una figura que por sus formas o por su naturaleza trata de evitarla.-

En este punto entra a tallar otro principio vital dentro de nuestra disciplina que es el así llamado principio de primacía de la realidad, teniendo presente que el eje de dicho principio laboral se orienta hacia la búsqueda de la verdad real como fórmula superadora de la verdad formal. Dicho principio implica que debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos ante las constancias documentales que no se compadecen con lo que acontece en la vida real.

A diferencia de lo analizado en el artículo anterior, donde no estaba en discusión la existencia misma del vínculo laboral, sino simplemente la vigencia o validez de alguna de sus cláusulas que podían modificar el orden imperativo laboral, aquí en una de las hipótesis posible existe una figura contractual disfrazada que carece de comprensión dentro del Derecho tuitivo y que en su apariencia formal aparece alejado de sus normas.

La segunda hipótesis que plantea es diferente, ya que si bien no está en discusión que estamos en presencia de un contrato de trabajo existe una difumación del sujeto pasivo, que aparece encubierto o remplazado desde lo formal por quien carece en la realidad de la titularidad de los medios económicos e instrumentales como para erigirse en empleador en los términos de la LCT.- A diferencia del caso anterior, lo que está en juego es la solvencia económica del emprendimiento frente a sus acreedores, en especial los trabajadores que deben tener garantizados sus futuros créditos, que de lo contrario a la hora del conflicto, se enfrentarían a supuestos de insolvencia.- Este es el caso del así

llamado por la jurisprudencia laboral como “hombre de paja” o en otras disciplinas como el “testaferro” y ha dado lugar a otras respuestas de otros ordenamientos como es el caso del corrimiento del velo societario, cuando la interposición de personas sea realizada a través de la utilización de figuras prescriptas en la legislación comercial o abarcadas por el instituto de la solidaridad civil, tal como expresamente lo prescribe el art. 29 de la LCT, norma que debe conjugarse conjuntamente con este aspecto del art. 14, ya que en aquel supuesto se refiere más a la contratación formal, mientras que la norma en análisis abarca todos los momentos de la vinculación, siempre bajo el matiz de identificar al verdadero empleador en los términos del art. 26 de la LCT.-

El tercer supuesto, es una variante omnicomprendensiva de cualquier otra hipótesis que por algún resquicio pudiera aparecer como fugada del Derecho del Trabajo, siempre que el reclamante haya logrado que se configuren a su favor las notas tipificantes de la dependencia. Quizás el ejemplo más actual sean los trabajos bajo plataforma, de los trabajadores que realizan delivery, cuyo requisito es la inscripción previa en la AFIP como Monotributista y donde el beneficiario directo (Rappi, Pedidos ya, Uber eats o Glovo) ni siquiera aparece conectado con el sujeto trabajador salvo por la aplicación bajada en su celular y que le permite recibir los pedidos. Si esto es así con los beneficiarios directos, mucho más difusa es la situación de los beneficiarios indirectos (es decir los restaurantes dentro de los proveedores de comida, pero que se está expandiendo de manera significativa a otros rubros tales como farmacias, supermercados y en breve también la entrega de dinero en efectivo).-

Referido a esta hipótesis amplia, basta simplemente hacer un repaso de las distintas figuras que ha incorporado el nuevo Código Civil y Comercial, que sus redactores se han encargado de precisar que tales figuras no revistan naturaleza laboral (aspecto de dudosa constitucionalidad y que pretende sustraer de competencia a la justicia natural de este tipo de reclamos), por lo que siempre esta última alternativa permitirá bregar por la inclusión en el marco protectorio.

Naturalmente que un elemento de gran ayuda para lograr los fines prescriptos por el artículo analizado lo constituye la disposición del art. 23 de la LCT, que activa la

presunción de la existencia de vínculo laboral en aquellos casos donde se demuestre prestación de tareas, debiendo en tal caso el denunciado como empleador, si adscribimos a la tesis amplia de la dependencia, demostrar que tal prestación tuvo un basamento diferente del vínculo laboral.

La conclusión de la norma es romper el esquema fraudulento o simulado por vía de la determinación que el supuesto analizado está abarcado desde su inicio por la legislación tuitiva que la figura empleada ha querido eludir. En la segunda hipótesis que hemos mencionado la respuesta es la mayor cantidad de sujetos que deberán responder bajo el paraguas de la legislación especial protectoria.-

Artículo 15 – Acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios. Su validez

Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios, sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa y mediante resolución fundada de cualquiera de éstos que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes.

Sin perjuicio de ellos, si una o ambas partes pretendieren que no se encuentran alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o si de las constancias disponibles surgieren indicios de que el trabajador afectado no se encuentra regularmente registrado o de que ha sido registrado tardíamente o con indicación de una remuneración inferior a la realmente percibida o que no se han ingresado total o parcialmente aquellos aportes y contribuciones, la autoridad administrativa o judicial interviniente deberá remitir las actuaciones a la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que la misma establezca si existen obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia. La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades prescriptas para tales casos.

En todos los casos la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgará la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no los hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinadas a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiere a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social

En su aspecto central, la norma trata de aquellos acuerdos que son celebrados para poner fin a un conflicto existente o futuro que involucre derechos regidos por la legislación laboral.

Como bien señala Liliana Picón, la inclusión de los negocios liberatorios configura una excepción al principio de irrenunciabilidad del art. 12, ya que dicha renuncia refiere a un derecho cierto y existente, o por lo menos futuro, pero cierto y que no sea un derecho impugnado, porque nadie puede renunciar a una cosa cuya propiedad no le sea reconocida ampliamente¹¹

La conciliación judicial requiere la activación del órgano judicial previsto en las leyes adjetivas provinciales o en la ley 18.345 y tiende a dar certeza a ambas partes respecto del acuerdo en sí y que refiere a un conflicto pasado que genera expectativas de derechos en el trabajador (más allá de sus proyecciones actuales y eventualmente futuras).- Para el trabajador significará que no tiene que esperar un pronunciamiento definitivo que concluya su litigio por vía del reconocimiento de su derecho, lo que implica que el derecho en discusión debe ser controvertido, por lo que en principio no será viable la conciliación en cuestiones de puro derecho o en casos de derechos no litigiosos (como sería el supuesto de un despido sin causa, con salario y antigüedad no discutida). No obstante tal disposición en la realidad acontece que los Tribunales rara vez no homologan

¹¹ PICON, ;Liliana, en MAZA, Miguel Angel, Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, citando a FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, p. 270

acuerdos así celebrados, ya sea por el cúmulo de tareas, que implica sacar un expediente de la lista de fallos, por la necesidad del trabajador que está conciliando o transando un litigio y la urgencia de percibir las sumas allí detalladas o porque el rechazo por entender que no significa una justa composición de derechos e intereses en muchas ocasiones puede significar o bien un adelanto de opinión, cuando dicho órgano judicial es el llamado a resolver posteriormente la cuestión jurisdiccional planteada o quizás lo que pueda ser más grave, que en el análisis del contexto probatorio, el Magistrado en la Sentencia deba proceder a la desestimación de la pretensión o el acogimiento por una suma menor a la que había sido ofertada para arribar al acuerdo judicial. También significa que no cumplido el acuerdo por el deudor de la obligación podrá ejecutarlo de manera inmediata, teniendo todos los mecanismos idóneos para lograr ese fin, incluyendo la realización de los bienes del empleador o incluso la eventual petición de quiebra si continuara tal conducta remisa y no se verificaran bienes ejecutables para el cumplimiento del acuerdo.- Para el empleador la cosa juzgada judicial conforma también la conclusión definitiva de la causa que estaba en discusión judicial e implica la imposibilidad de su revisión futura, una vez cumplidas las obligaciones que emanaron a su cargo de aquel acuerdo.-

Donde sí ha habido más controversias ha sido en los acuerdos celebrados en sede administrativa, ya que en muchas ocasiones se presentaron bajo la forma de acuerdos extintivos por vía del mutuo acuerdo prescripto en el art. 241, que en la práctica supuestamente involucra una renuncia al puesto laboral por parte del dependiente y una gratificación del empleador por cuantías diversas, en muchos casos por cifras similares a superiores a las que hubiera correspondido, por vía de alguna negociación con la entidad sindical y para evitar el conflicto social (casos de reconversión empresarial y pérdida de puestos de trabajo) o bien dentro del procedimiento preventivo de crisis de la ley 24.013, donde la participación sindical ha generado pronunciamiento disímiles a los acuerdos allí arribados, tácitamente homologados por la autoridad de aplicación, en función de que tal ordenamiento prevé el efecto erga omnes de los acuerdos transaccionales así homologados.

También en muchos casos se realizan acuerdos a futuro, involucrando derechos que aún no han sido confrontados judicialmente pero que existe clara expectativa de que ello va a suceder y en consecuencia los empleadores pretenden obtener una cobertura de los riesgos que ello implica.

Va de suyo que siendo la autoridad administrativa un órgano político del estado nacional o provincial su interés principal es preservar la paz social y bajo ese alcance su objetivo excede en mucho la verificación de justa composición de derechos individuales, si no que por el contrario es lo colectivo lo central es su decisión homologatoria.-

En este punto entra en juego la discusión entre irrenunciabilidad y seguridad jurídica y según la postura que el intérprete judicial adopte será el valor que se le otorgará a los acuerdos alcanzados en sede administrativa.-

En sede judicial salvo supuestos de cosa juzgada írrita por vía de vulneración de la capacidad negocial del sujeto trabajador, el acuerdo así homologado reviste plena eficacia ya que se entiende que el rol del Juez laboral es procurar atento al carácter transaccional de la disciplina, esa justa composición de derechos e intereses que el acto judicial proclama.

En cambio en sede administrativa esa ficción está mucho más lejos de la realidad, por el hecho de que el funcionario que interviene en la negociación (normalmente en las áreas de reclamaciones individuales) no tiene el conocimiento (ni jurídico, ni fáctico) para poder sostener que tal composición de intereses, conforma el objetivo deseado por la norma.

Las disposiciones agregadas por la ley 25.345 tienden a evitar el fraude a la seguridad social, que en definitiva también involucra el fraude a la ley laboral al señalar la ausencia de obligatoriedad o más concretamente la inoponibilidad de la cosa juzgada judicial o administrativa ante la liberación de existencia de obligaciones impagas sosteniendo como ocurre en muchos acuerdos que la demandada no reconoce derechos ni obligaciones laborales a favor del trabajador pero a fin de poner fin al conflicto planteado judicialmente ofrece una suma a tal fin.- La práctica tribunalicia conlleva a la homologación de tales acuerdos y muy rara vez se remiten los expedientes a la AFIP, en ocasiones por imposibilidad material, ya que el acuerdo homologado debe ser concluido en sede judicial

y en ocasiones implica pagos en cuotas. Lo que se ha determinado en los Tribunales en tales casos es la notificación a la AFIP con la copia de la sentencia homologatoria. Desconocemos a la fecha que algún funcionario judicial o administrativo haya tenido algún tipo de imputación o procesamiento por haber omitido la comunicación a la que hace referencia el tercer párrafo de la norma analizada.-