

Reproducido en [www.relats.org](http://www.relats.org)

## **LA SIMULACIÓN DEL DESPIDO CUANDO SE INVOCA COMO CAUSA DEL DISTRACTO DE COMÚN ACUERDO.**

**Ricardo J. Cornaglia.**

**Publicado en el diario La Ley del 5 de noviembre del  
2013.**

La Sala VII de la C.N.A.T., ha variado su criterio de resolución de las causas que giran en torno a la problemática cuestión atinente a interpretación de los alcances del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. dto. 390/76).[1]

Esa discutida norma ha merecido consideración especial en cuanto abre una puerta a la simulación y fraude, que provoca numerosos litigios, con fundamento en el art. 955 y concordantes del Código Civil.[2]

La cuestión se viene agudizando, por cuanto en la jurisprudencia tiene cada vez más aceptación, que el acuerdo en el distracto homologado por la autoridad administrativa, puede ser revisado judicialmente, sin previo agotamiento de la vía administrativa para su impugnación. Lo que implica el acceso judicial irrestricto a la revisión de lo acordado, formulando un juicio de certeza en la sentencia, sobre la existencia de la simulación o el fraude.[3]

El art. 241 de la L.C.T., admite una excepcional forma de disolución del contrato de trabajo, al que se lo supone de tracto sucesivo y vocación de continuidad, otorgándole a esas características del contrato a favor del trabajador, protecciones propias del orden público laboral. [4]

Esa forma de arribar al distracto, en una de sus variantes, reconoce la posibilidad de una negociación instrumentada. Pero si bien se admite en ella que la negociación es posible, lo cierto es que la misma se lleva a cabo a partir de una diferencia negocial de las partes, que obliga a observarla estrictamente y sin olvidar que objetivamente, en el contrato de la relación de dependencia, el principal cuenta con resortes que muy difícilmente puede equiparar el dependiente.

Es una negociación que no puede suprimir o reducir los derechos reconocidos por la ley, cuya irrenunciabilidad queda consagrada en el art. 12, L.C.T., so pena de nulidad, conforme concordantemente lo ordenan los art. 13 y 14 de ese cuerpo normativo, que persiguen la simulación y el fraude laboral.

En el derecho del trabajo, la libertad de contratación para rescindir el contrato, pasa por dos planos muy diferenciados, según la ejerza el trabajador o el empleador.

Mientras el trabajador puede arribar al distracto sin otra carga que la de respetar el preaviso, al empleador, las condicionantes le resultan realmente exigentes, puesto que el despido sin causa o arbitrario consiste un ilícito, por privar de alimentos e incrementar el desempleo, en un mundo en el que el trabajo resulta un bien escaso.[5]

No cabe entonces una negociación admisible, sin que el empleador justifique su conducta demostrando que la ruptura no encubre un despido.

Todo acuerdo oneroso de disolución, prende una luz roja de presunción de cercanía al fraude o la simulación, que solo la justificación acabada del proceder lícito del empleador, puede apagar.

Pesa sobre el empleador la carga de esa prueba y cuando los antecedentes del distracto señalan la existencia de indicios de su interés por el mismo, el orden público laboral se torna en su coyunda.

Si bien la norma admite la negociación, ella sólo es posible a partir de recorrer el desfiladero de demostrar que no se están violando derechos sociales que tiene raigambre constitucional, por vía de la simulación.

Es la simulación[6] la que encubre la verdadera naturaleza de un acto:

¿Qué se procura con la simulación y el fraude cuando se utiliza la vía del art. 241 de la L.C.T.

La maniobra siempre se hace desde la perspectiva de la apariencia de legitimidad alcanzable. El reemplazo de la renuncia al contrato de trabajo por esa figura jurídica contractual.

Se simula una renuncia condicionada e impuesta al trabajo con un común acuerdo que incluye sumas a percibir, pero menores que las indemnizaciones por el despido.

La conducta puede subsumirse en varias normas, lo que determina la necesaria relación de norma final, que desplazando a las otras, determine el juicio de valor necesario.

La pluridimensión normativa de una conducta en el derecho del trabajo se rige por reglas precisas, normas de normas.

Si dos normas refieren a una conducta, la norma válida para el juicio de valor es la más favorable al trabajador, por que ella sirve al fin protectorio del sistema. Cuando las circunstancias que rodean al acuerdo desvinculatorio para el empleador, responde a un fin que no reconoce con lealtad y siendo lícito lo justifica a partir de su enunciación, permitiendo a la autoridad evaluar hasta donde el caso no se está violando las cargas del deber de respetar la estabilidad, la cuestión reclama del debido proceso de control del acto y el reparto dinámico de las pruebas en cuanto al mismo.

Por eso Enrique Fernández Gianotti, jurista que colaboró con Norberto Centeno en la redacción de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, (en todo lo positivo que al fraude de ella recepta), sancionada la ley, sostuvo críticas advirtiendo que el precepto deja "... abierta la posibilidad de instrumentar el acto con todos los ápices legales, en fraude a la ley... que en definitiva permita sortear el pago de indemnizaciones por despido injustificado, o las consecuencias de responsabilidades que pesen sobre el empleador, a propósito de la relación que hay intereses en dar por extinguida sin consecuencias. Se logra así una especie de "blanqueo" que da, con el aval legal, seguridades de incolumnidad, pues ya no valdrá ningún medio impugnativo tendiente a conmovier el acto ostensible...".[7]

Esa lectura de la norma, debería en principio guiar la inteligencia de su aplicación. No siempre la jurisprudencia se manifiesta inteligente a nivel de asimilar el pensamiento crítico. En la lectura de la norma, lo dogmático sigue teniendo singular importancia cultural.

Los llamados retiros voluntarios dan prueba de situaciones de este tipo en los que la jurisprudencia debió poner coto a sofisticados mecanismos de simulación y fraude, que se pusieron de moda a partir de políticas de personal de poderosas empresas. [8]

Pero fue el Estado como empleador, el que a partir de la política de desregulación y privatización de sus empresas, continuó con esas prácticas. [9]

En el ejercicio de una rigurosa interpretación de la aplicación posible del art. 241, en el año 2009, la Sala VIIa. de la C.N.A.T., resolvió la nulidad de un acuerdo de desvinculación, celebrado ante escribano público, invocando esa norma. Se trataba de una trabajadora que por vía de ese tipo de acuerdos, recibiera una indemnización menor a la propia del despido arbitrario, en oportunidad de su desvinculación, cuando se encontraba en condiciones de jubilarse y la empleadora celebró el acuerdo sin haber cumplido con la intimación prevista en el art. 252 para que se retirara.[10]

En esa ocasión en su voto la Camarista doctora Estela Ferreirós sostuvo que el acuerdo celebrado era en fraude a la ley, es estos términos:

“Jubilarse es una facultad a la cual puede acogerse la trabajadora, y sólo si se encuentran cumplidos los requisitos establecidos en el art. 252 de la L.C.T., cuestión que no se encuentra acreditada en autos; el empleador podría intimarla

en los términos de la ley. Como consecuencia de lo que he dejado expresado, considero que la actora tiene razón al pretender la totalidad de las indemnizaciones correspondientes al despido incausado. Sin perjuicio de lo cual corresponde aclarar que no se trata de una compensación cuyos requisitos no están cumplidos sino desde un pago a cuenta (art. 260 L.C.T.).”

A ese voto adhirió el Camarista Néstor Rodríguez Brunengo, adunando: “Aún cuando el acto se hubiera ajustado a las formalidades de ley al celebrarse mediante escritura pública, lo cierto es que en el mismo se ha materializado un despido y, en virtud de lo normado en los arts. 12 y 15 de la L.C.T., por ende, al no haberse satisfecho completamente los conceptos propios generados de la decisión, corresponde que se pague sin reparo la diferencia insatisfecha, pues no se ha alcanzado verdaderamente a una “justa composición de los derechos e intereses de las partes” (Esta Sala en autos: “Clot, Javier Eduardo C/ BBVA Banco Francés S.A. s/ diferencias de salarios”, S.D. 41.140 del 28.8.08).”

La estricta sanción del fraude en función de interpretar la norma laboral con sentido tuitivo para los trabajadores, por cuanto la empleadora equivocó el camino en ese caso y no siguió formalmente el proceder que le brindaba el art. 252 de la L.C.T., para desvincularse sin obligación de indemnización alguna en la medida que cumplía sus pautas, indicaba para entonces un criterio estricto de valoración del art. 241, en todo lo que el mismo implica como figura proclive a las prácticas evasora del orden público laboral. Constituía una férrea defensa del principio de estabilidad en los contratos, respetando a ultranza los mecanismos legales a seguir en el distracto del trabajador que por razones de edad se encuentra en condiciones de jubilarse.

En el caso “Benavente” que pasamos a comentar en este trabajo, y se publica adjuntamente, el acuerdo también se realizó mediante escribano público y de atenernos a las posiciones de los tres magistrados en sus votos, son hechos probados en la causa que se relacionan con el convenio celebrado los siguientes:

- a) Un grupo de trabajadores se enfrentaron al sindicato con personería gremial con motivo de una huelga de la que decidieron no participar y esto genera conflictos entre el personal, previos al distracto.
- b) De ese grupo de trabajadores, una parte aceptó para desvincularse firmar acuerdos invocándose el art. 241 y los restantes, iniciaron acciones considerándose despedidos, de lo que dan cuenta varios de ellos declarando como testigos.
- c) El repudio del sindicato hacia los actores, coincidió con la decisión de acordar el distracto y que esto demuestra el interés de la empleadora en celebrar los acuerdos desvinculatorios.
- d) Previo al acuerdo se probó que el sindicato con personería gremial elevó una nota de repudio contra los actores a la empresa y (según surge del voto en disidencia del doctor Rodríguez Brunengo), llegó a confeccionar carteles de hostigamiento y hasta colocar una lápida en la puerta de su sede, la que tuvo que ser retirada, por decisión judicial.

Entre los dos casos resueltos por la Sala VIIa., citados, las analogías terminan con la firma de los acuerdos ante escribano. Y si en el primer caso al que nos refiriéramos, la estrictez y el rigor en la aplicación del art. 241, en cuanto a su vinculación con la simulación y el fraude fuera notorio, en el segundo, lo que resulta evidente es que conductas que refieren

a posibles prácticas desleales y discriminatorias, no han sido tenidas en cuenta por la mayoría de la Sala para mantenerse en su posición.

El caso “Benavente” es singular. Un grupo de trabajadores en ejercicio de sus derechos no avalan una huelga decretada por su sindicato con personería gremial y no la acatan, dejando en consecuencia de apoyar un conflicto colectivo con la empresa. Esto termina por desencadenar un conflicto greial, entre trabajadores del mismo colectivo de trabajo. Un conflicto que llega a que actos discriminatorios sucedan entre trabajadores, y la patronal terminó favoreciendo la desvinculación de los discriminados.

La empresa terminó haciendo causa común con el sindicato y facilitó el retiro negociado de los trabajadores repudiados por éste.

Si esto no es una intromisión de la empresa que afecta el principio de autonomía sindical, lo cierto es que se le parece demasiado. Si esto no es un conflicto con un grupo de base y su sindicato, resuelta con la discriminación como acto de expulsión del colectivo de la empresa, conformado por la patronal, lo cierto es que la Ley 23.592 queda vaciada de sentido cuando propone la prohibición del acto discriminatorio por causas sociales.

Sin embargo, visualizarlo como discriminación resulta difícil. Por lo general los actos discriminatorios con motivo de huelga recaen en los huelguistas, no en los que no acatan las huelgas.

La Ley Antidiscriminatoria enriqueció el derecho social y sirvió para fortalecerlo. Ha sido aplicada por la misma Sala y por otros importantes tribunales del país, a partir de conceptos modernos de carga dinámica de las pruebas y si se atiende uno

a los votos vertidos en el fallo, todo indicaba que la prueba de la discriminación se diera por cumplida y la causa del negocio fraudulento resultara lo suficientemente probada, para que la resolución de la causa transitara por un camino contrario al adoptado.

A criterio del que escribe este comentario, la resolución debió pasar por el correcto tratamiento de los indicios y la carga dinámica de la prueba, a que lleva la mejor doctrina de la Cámara, en materia de discriminaciones, que esa misma Sala contribuyera a consolidar y que si embargo, en este circunstancial caso, no abonó.[11]

[1] Lo hizo en la sentencia dictada en el mes de agosto del 2013, en la causa “Benavente, Roberto Luis y otros c. Aerolíneas Argentinas S.A. s. despido”. La decisión se tomó por mayoría, a partir del voto de la camarista Beatriz I. Fontana, que contara con la adhesión de la camarista Estela M. Ferreirós y pese a la frontal disidencia del camarista Ernesto Rodríguez Brunengo.

[2] Prevé el art. 955 del Código Civil: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.”

[3] Conf.: Tribunal Superior de Justicia de Santiago de Estero, en el Expediente No. 16.004/2006, “Salto, Luciana Beatriz y otras c/ Hogar Geriátrico Vida y/u otros s/ Diferencia de Sueldos,

Casación Laboral”, en sentencia del 10 de agosto del 2009, en la que se sostuvo:

“Si de los acuerdos suscriptos por las partes y homologados por el Ministerio de Trabajo surgen violaciones al orden público que implican la renuncia de derechos (art. 12 LCT), tales actos no sólo pueden ser cuestionados por las vías previstas en la ley 19549 o mediante redargución de falsedad, sino que, al no haber una justa composición de los derechos e intereses de las partes (art. 15 LCT) pueden ser declarados inválidos por el juez competente –art. 1047 C Civ. “ Sala VIa., 14(8/2001, “Jiménez, Fortunata y otro v. Finexcor S.A. y otro” Lexis No. 13/8480 y en [www.eft-org.ar](http://www.eft-org.ar)). “El principio protectorio parte de la premisa de que el obrero sólo cuenta con su fuerza de trabajo como herramienta para incorporarse al mercado laboral y obtener los recursos necesarios para su subsistencia, lo que lo lleva a insertarse en una empresa ajena y se encuentra limitado en su capacidad de negociación, por el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos y donde prevalece la voluntad del empresario, por lo que no puede afirmarse validamente que la autonomía de la voluntad, tiene el mismo alcance que el ámbito privado o civil donde rige en plenitud la doctrina de los actos propios. Es por ello que el órgano judicial puede revisar los acuerdos administrativos celebrados y a tenor del artículo 15 de la Ley de Contrato de Trabajo y la incidencia de la doctrina de los actos propios en el ámbito

laboral debe examinarse con prudencia, para respetar el principio protectorio del derecho del trabajo”. (Del voto del doctor Raúl Alberto Juárez Carol, al que adhirieron los magistrados Agustín Pedro Rímini Olmedo - Armando Lionel Suarez). Entre las Salas de la C.N.A.T., que admiten ese amplio criterio de revisión judicial del acuerdo homologado por la autoridad administrativa, (no sólo los propios del art. 241 de la LCT), se encuentra además de la Sala VII, la Sala Va.. Conf.: “Vivas, Miguel Angel c. Peugeot Citroen S.A. s. despido” , 19 de mayo del 2006.

[4] Sostiene el precepto: “Las partes por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.- Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente.- Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.”

[5] La escasez del empleo que sirve a la regulación a la baja del salario, es la que determina considerar al despido en su contexto un acto ilícito del empleador, por las consecuencias alimentarias que acarrea y la condena a la marginalidad que puede implicar. John Keneth Galbraith, respondiendo a la requisitoria de un periodista afirmaba "Hay cuestiones que parece que los economistas no pueden solucionar, por ejemplo la pobreza...", sostuvo: "Hay soluciones que son muy simples, el problema es que nadie quiere aplicarlas. Por ejemplo, una solución sería asegurar un ingreso mínimo, básico, para todos.

Algunas personas se abusarán, pero también hay gente rica que no trabaja. El problema es que cada vez hay más riqueza en este país pero cada vez menos gente se quiere hacer responsable de los más pobres". (Fuente: "Galbraith: las crisis son evitables", por Ana Baron. Diario Clarín, 27 de septiembre de 1998).

[6] Prevé el art. 955 del Código Civil: "La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten."

[7] Ver: La Ley, Tº148, pág.587.

[8] La S.C.J.B.A. sentó posiciones en la materia, declarando nulos por fraude a la ley acuerdos de ese tipo, en los autos "Carrizo, Alberto c. Swift-Armour de Argentina S.A.". Sostuvo que "media afectación de un beneficio legalmente asegurado e irrenunciable en desmedro de los derechos del trabajador y en transgresión del artículo 12 de la LCT, si el importe abonado por el empleador en concepto de 'bonificación' por el 'retiro voluntario' convenido entre las partes sobre la base de la voluntad rescisoria del principal y formalizado mediante 'renuncia', es notoriamente inferior aún respecto a la indemnización que el Art. 247 de dicho cuerpo legal establece para el supuesto de la causal de extinción relativa a la falta o disminución de trabajo –cuya invocada existencia y cumplimiento de los demás recaudos legales tampoco fue acreditado- sin computarse lo que corresponde al trabajador por indemnización sustitutiva del preaviso e integración del mes de la cesantía". Causa L 34.069, Sentencia del 9 de abril

de 1.985, AyS Tº I Pág. 452. Voto del Dr. Salas al que adhirieron unánimemente el resto de los integrantes de la Corte, Dres. Ghione, Negri, San Martín y Rodríguez Villar.

[9] Destaca Scotti que “ello obedeció, básicamente, a la eliminación de la gran mayoría, sino la totalidad de las empresas estatales de servicios públicos, quienes previa o contemporáneamente a ser transferidas a particulares, se desprendieron de buena parte de su personal mediante diversas fórmulas, a las que se denominó bajo el rótulo de ‘retiros voluntarios’... bien podría decirse que se ofrecía a los empleados la posibilidad de extinguir el vínculo a cambio de una indemnización que –en términos generales- tenía algún parecido con la prevista por la LCT para los despidos incausados, sometiéndose (y obteniéndola) a la homologación del Ministerio de Trabajo de la Nación. Este mismo procedimiento fue adoptado también por empresas privadas de gran o mediana envergadura que, por diversas razones, deseaban también reducir su nómina de trabajadores” Scotti, Héctor Jorge, “Extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo”, Revista de Derecho Laboral, N° 2000-1, Pág.43, Rubinzal-Culzoni, Editores.

[10] En autos SD 42077 SD. 42077 Causa 31.977/07 – “Arbo, Edit c/ Glaxosmithkline Argentina S.A. s/ Despido” – CNTRAB – SALA VII – 10/09/2009,

[11] Ver del autor de este artículo: La relación entre la discriminación y la anulación del despido, publicado en el diario La Ley, miércoles 23 de agosto de 2006, año LXX, n° 162, pág. 9. La discriminación laboral, los derechos de información y expresión y la nulidad de los despidos, en revista Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005, año XXI, n° 49, p. 998. Aportes para la interpretación auténtica de

la discriminación por la condición social en relación con la estabilidad de los trabajadores, en La Causa Laboral, Asociación de Abogados Laboralistas, No. 40, junio del 2009, 43 y ss.