

El presente trabajo es parte de la ponencia presentada por el profesor **Fernando Javier CAPARRÓS** ante el “CONGRESO REGIONAL EL ESTADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA” (2013), que lleva por título: *ÁMBITO PERSONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO. NUEVAS FRONTERAS ENTRE EL TRABAJO AUTÓNOMO Y EL TRABAJO DEPENDIENTE EN LA ARGENTINA* (ver <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2013-fernando-caparros-ambito-personal-derecho-trabajo.pdf>)

b.2. *La presunción de laboralidad*

Para ello, al igual que en otras partes del mundo¹, en Argentina existe una presunción de laboralidad, contemplada en el art. 23 LCT.

El art. 23 LCT prescribe: “*Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio*”.

Luego, el art. 50 del mismo cuerpo normativo preceptúa: “El contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.

Resulta curioso observar la dicotomía o polarización de opiniones y decisiones que se realizaron en torno de esta norma a lo largo del tiempo. En primer lugar, frente al sentido o razón de ser de dicha presunción. Hace ya muchos años que se fue forjando, jurisprudencialmente, una presunción “restringida”², al sostenerse que “La carga de la posición de dependencia o subordinación **no** resulta alterada por la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, sino que, por el contrario, de esa prueba depende que la misma entre a jugar, ya que *lo contrario implicaría subsumir todo el universo jurídico del derecho*

¹ El art. 8.1. del Estatuto de los Trabajadores en España, con “amplio margen de discrecionalidad judicial a la hora de efectuar la operación de calificación” (Mercader Uguina, ob. cit., págs. 85/86; o el art. 120 del Código de Trabajo francés, con sus marchas y contramarchas.

² Hoy en día en franca declinación, constituyendo una posición minoritaria en la jurisprudencia.

*privado al derecho laboral*³. Y desde que “Para que pueda invocarse la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, *es menester que los servicios prestados por un tercero sean de índole dependiente* pues dicha presunción cae cuando se demuestra que no lo son⁴.

Otra posición a la que puede calificarse de “amplia”, y antagónica de aquella, afirmó, por el contrario, que “La relación de dependencia, *sinónimo o cuasi sinónimo de la relación de trabajo, es casi siempre tan inasible* como ésta y de difícil aprehensión *cuando el empresario ha escogido la vía de simular figuras jurídicas no laborales*. Por ello, el legislador ha introducido la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo que permite que, cuando se prueba la prestación de servicios por cuenta ajena, pueda presumirse la existencia de un contrato de trabajo”⁵. Y puesto que “*La interpretación del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, que restringe la operatividad de la presunción al caso en que se hayan acreditado servicios prestados en relación de dependencia, esteriliza el propósito de la norma. La relación de dependencia es precisamente, la piedra de toque de ese concepto, por momento inasible, que es el contrato de trabajo*. Si existe relación de dependencia existe seguramente contrato laboral, hasta tal punto que ambas expresiones suelen usarse como sinónimas en el ámbito de las relaciones jurídicas. En este contexto, afirmar que “la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”, tan solo cuando estamos seguros de que tal prestación se ha cumplido en relación de dependencia, *equivaldría, en la práctica, a sostener que la presunción del contrato de trabajo requiere la previa prueba del mismo contrato*⁶.

A mi juicio, en este debate ha existido cierta confusión por quienes adhieren a la posición restringida y más allá de que uno mismo pueda o no compartir dicha postura. En efecto, los fallos sobre los que estamos discutiendo fueron pronunciados (huelga decirlo) cuando ya se había colectado toda la prueba. En lo personal, no me cabe duda acerca de la correcta interpretación que sobre este punto realiza la posición amplia: la presunción opera (debe operar), en todo caso, cuando estamos frente a la acreditación o reconocimiento del hecho de la prestación de servicios; y puede desvirtuarse, precisamente, por: a)

³ CNAT, Sala I, 1997/02/20; Downey, Fernando D. c. Asociación Centro Bíblico de la Iglesia de Cristo y otros; DT, 1997-B-2269.

⁴ CNAT, Sala I, 2000/02/29; Lencina, Norma C. c. Rodríguez de Rivada, Josefa y otros; DT, 2000-A-1256.

⁵ Del voto del doctor Guibourg por la mayoría; CNAT, Sala III; 1996/06/28; Dursi, Ariel A. c. La Franco Argentina Cía. de seguros; DT, 1997-A-60, con nota de Carlos Pose - DJ, 1997-1-884.

⁶ CNAT, Sala III; 1998/12/30; Gómez, Diego M. c. Vázquez, José A. y otro; DT, 1999-A-1143.

circunstancias, relaciones o causas que demuestren lo contrario; o b) en tanto se demuestre la calidad de “empresario” de quien presta el servicio.

Ahora bien, la posición restringida, contrariamente, sostiene que los servicios reconocidos o acreditados deben ser dependientes para que opere dicha presunción. Esta afirmación, así expresada, implica hacer tabla rasa con la letra y con el espíritu del art. 23 LCT. Sin embargo, de algunas sentencias que han aplicado esta posición restringida, se desprende que lo que ha hecho el Tribunal (a pesar de las palabras empleadas y más allá de haberlo expresado incorrecta o confusamente), es desechar, finalmente, la existencia misma del contrato de trabajo, pero no porque no haya debido operar la presunción, sino porque -colectada toda la prueba- la presunción se desvanece frente a otra suerte de figura jurídica. Así surge de algunos precedentes judiciales en los que se dice que no puede operar la presunción del art. 23 (para mejor decir, deberían afirmar que la presunción que debe operar y que ha operado, se desvanece por la inexistencia de contrato de trabajo), en tanto se fundan en indicadores que demuestran: el no sometimiento a órdenes o directivas; la falta de puesta a disposición por parte del prestador del servicio; el no cumplimiento de horarios; la no habitualidad en la prestación; la no exclusividad para el dador de tareas; la ausencia de subordinación técnica y económica; el atender la propia clientela o los propios pacientes; o el trabajar para otras empresas o personas.

En síntesis, si de lo que se trata es de un juicio de valor acerca de la presunción del art. 23 pero realizado ex post (o sea, cuando ya se ha colectado toda la prueba que la desvirtúa), la afirmación, aunque expresada incorrectamente, es válida. En cambio, si de lo que se trata es de un juicio realizado a priori y con carácter universal (exigir en todos los casos al actor la prueba del carácter dependiente de la prestación, aún y a pesar de la ausencia de elementos probatorios que la pudiesen desvirtuar) tal afirmación resulta francamente inaceptable.

En segundo lugar, también resulta contradictoria la posición que en orden a la presunción en análisis se hace frente a los casos de profesiones liberales. Así, se ha dicho:

“Para determinar la existencia de un contrato de trabajo por quien desempeña una “profesión liberal” *hay que analizar* el comportamiento de los sujetos, con vistas a determinar *cuál fue su intención recíproca al contratar, sin que el recurso a presunciones como la del art. 23 de la ley de contrato de trabajo preste utilidad, en razón de que lo*

normal, en quienes desempeñan profesiones liberales, es que presten su arte o ciencia en condiciones de autonomía”⁷. Y que, además, “Cuando uno de los sujetos de la relación es un profesional universitario, no rige la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, ya que el orden público no se encuentra comprometido en relación con la libre elección de las alternativas contractuales (contrato de trabajo, locación de obra o servicios profesionales)”⁸. Lo que importa es que esta afirmación acerca de que en relación a los profesionales universitarios no se afecta el orden público dado que tienen libre elección de las alternativas contractuales (contrato de trabajo, locación de obra o servicios profesionales), bien podría aplicarse a profesionales no universitarios o no profesionales.

Por lo tanto, no alcanza a comprenderse el porqué de la no aplicación del art. 23 a aquellos profesionales. La norma no establece ningún tipo de distinción entre profesionales o no profesionales. En otros términos, se crea una presunción (hóminis) de autonomía que se hace valer en contra de otra presunción (pero esta vez de carácter legal) consagrada en el art. 23 LCT, con todo lo criticable que aquélla presunción entraña.

A mi modo de ver, el meollo de la cuestión no radica en afirmar que frente a figuras genuinas de locaciones de obra o de servicios no se ve afectado o comprometido el orden público, sino que debe quedar en claro que el orden público laboral veda a las partes la posibilidad de apartarse de la figura del contrato de trabajo a su solo arbitrio. El contrato de trabajo es indisponible para las partes. Si la realidad de los hechos (principio de primacía de la realidad) marca sin lugar a dudas una relación de trabajo, *profesionales o no*, dichos servicios deben comprenderse en un contrato de trabajo dependiente.

Por otro lado, aseverar que “lo normal” es que los servicios de profesiones “liberales” sean autónomos, si no carece de fundamento al menos resulta harto opinable. ¿En qué estadística se funda esta inclinación a considerar a los profesionales como

⁷ Del voto del doctor Morando, en minoría; CNAT, Sala VI; 1996/08/23; Frack, Sonia B. y otros c. Sanatorio Güemes S. A.; DT, 1996-B-2371.

⁸ CNAT, Sala VI; 1991/02/18; Pérsico, Liberato c. Zubizarreta Ward, Pablo, suc.; DT, 1991-B, 1211 - IMP, 1991-B, 1775 - DJ, 1991-2-546: se trata del caso de un profesional farmacéutico (Director Técnico de un laboratorio) en el que no prospera su reclamo porque en la causa existe una “profusa documentación reconocida por el actor” que prueba una relación de “estructura libre/empresarial/profesional” y no en vinculación subordinada. Lamentablemente no se aclara qué clase de documentación es la que lo aleja de la matriz conceptual de la dependencia. Sin embargo, de lo que surge del voto de Fernández Madrid (en minoría) surgiría que dicha documentación se refiere a pagos de honorarios por asesoramiento técnico).

independientes?

Otra parte de la jurisprudencia, en cambio, sostiene que “Las profesiones liberales no son excepciones a la generalidad de las contingencias sociales y económicas que habitualmente suceden y que, como tales, son susceptibles de modificaciones siendo cada vez más frecuente que el profesional actúe como dependiente”⁹; y quienes admiten que “La realidad socio-económica nos demuestra que resulta cada vez menos frecuente que el abogado, el médico, el contador o el ingeniero se dediquen sólo al ejercicio liberal de su profesión”¹⁰.

b.3. La presunción por el transcurso del tiempo en silencio

Más grave aun, algunos tribunales, además, han hecho prevalecer *el transcurso del tiempo* “como grave presunción” para excluir la calidad dependiente de quien la reclama. “Si se discute el carácter laboral de la relación y no se prueba que durante el prolongado lapso que vinculó a las partes, se formularan reclamos por el pago de aguinaldo o de beneficio alguno, ello constituye una grave presunción excluyente de la dependencia, ya que dicha situación no se compadece con el curso ordinario y natural de las cosas en el tracto laboral”¹¹. Al respecto, deben resaltarse varios aspectos negativos en semejante afirmación. El primero de ellos, soslayar una norma expresa de la LCT, cual es el art. 259, que dice textualmente: “No hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley”. El segundo de los aspectos negativos, es omitir toda consideración acerca de lo resuelto por la Corte Suprema: “Que en esas condiciones, el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y conscs. de la LCT. A ello no obsta la circunstancia de que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo...”¹².

El tercer aspecto negativo radica en afirmar que el silencio prolongado sin reclamos

⁹ CNAT, Sala VII; 1997/10/13; Lumermann, Claudio M. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A.; DT, 1998-A, 722 - DJ, 1998-3-433.

¹⁰ CNSeguridad Social, Sala III; 1996/05/17; Empresa Santa Fe Línea 18 S. R. L. c. Dirección General Impositiva; DJ, 1997-2-227 - DT, 1997-A-593.

¹¹ CNAT, Sala I; 1988/11/28; Arenillas, Julio A. c. Clark y Cía. S.R.L; DT, 1990-A, 56.

¹² CSJN, "Padín Capella, Jorge c/ Litho Formas S.A.", 12 de mayo de 1987, T. y S.S., 1987-790.

es una *situación que no se compece con el curso natural y ordinario de las cosas*. Esta referencia, que se nutre del art. 901 del Código Civil, que denomina a sus consecuencias como “inmediatas” olvida que “Son las que suelen suceder ordinariamente si ocurre el hecho originario. No se trata de una “inmediatez cronológica”, sino de inmediatez lógica en el orden de la conexión causal”¹³. Sin embargo, el hecho originario en materia laboral es el empleo de figuras no laborales o simplemente la clandestinidad. Frente a este hecho, la consecuencia natural y ordinaria de las cosas es el silencio del trabajador y no la protesta ni el reclamo. Un silencio que le asegura el mantenimiento de su empleo, sobre todo en tiempos de crisis.

Por otra parte, el silencio debe ser jurídicamente relevante como para reprochárselo al trabajador en el marco de la doctrina de los actos propios (regla "*venire contra factum proprium nulle conceditur*") en tanto nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, desplegando “...una conducta incompatible con otra deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”¹⁴. Y no puede hablarse del silencio como una conducta jurídicamente relevante, frente a lo categórico de los arts. 12 , 58 y 259 de la LCT; y 919 del Código Civil: “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, *sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley, o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*”.

¹³ López Olaciregui, José María, citado por Llambías, Jorge Joaquín; Código Civil Anotado, tomo II-B, pág. 24.

¹⁴ CSJN, Fallos: 275:235, 459; 294:220; 300:480; 307:1602; 312:1706; 313:367, entre muchos otros.