

Título: La "presunción de no existencia de contrato de trabajo" del DNU 70/2023

Autor: Litterio, Liliana Hebe

Publicado en: EBOOK-TR 2024 (Santarelli), 247 - DT2024 (enero), 5

Cita: TR LALEY AR/DOC/3231/2023

Sumario: I. Introducción a una nueva necesidad y urgencia inexistentes.— II. La presunción antes y después del DNU.— III. Los cinco independientes dependientes de un independiente.— IV. Una muy breve reflexión final sobre el retaceo de la presunción de la LCT.

(*)

I. Introducción a una nueva necesidad y urgencia inexistentes

Hace muy pocos días hemos tenido oportunidad de referirnos a la norma del DNU 70/2023 (art. 96) que descarta la relación de dependencia en el caso de un "principal" independiente, que contrata hasta cinco colaboradores que para la norma de urgencia no son dependientes, aunque trabajen bajo su dirección y obedezcan sus órdenes (1). Nade de esto ni siquiera se tiene en cuenta.

Podría decirse que la disposición que ahora brevemente consideraremos, la del art. 68 del mismo DNU, camina de la mano de la que acabamos de referir, aunque la "urgencia" en comentarla nos impidió abordarlas conjuntamente (2).

En efecto, el art 68, cuya situación definitiva en el esquema jurídico argentino todavía se ignora en razón de las inconstitucionalidades que a simple vista exhibe, se atrevió a sustituir el art. 23 de la LCT en los siguientes términos: "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.

"La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social".

II. La presunción antes y después del DNU

El art. 23 de la LCT es una norma clave. Si bien no es momento de tratarlo ahora en toda su dimensión, es fundamental ponderar que esa norma es imprescindible para encarar y resolver múltiples casos en los que la relación de trabajo dependiente se exhibe sin tapujos y es negada por los empleadores. Por dar un ejemplo de extrema actualidad, tal es el caso de los trabajadores plataforma-dependientes en los que los jueces argentinos una y otra vez han recurrido al uso de esta presunción para fundar lo que es evidente y se encuentra solapado por las organizaciones multinacionales (3). Como este, habría cientos de ejemplos de decisiones judiciales para dar.

Lisa y llanamente, es una norma que permite arrancar las máscaras y llegar a la realidad.

El primer párrafo del art. 23 de la LCT es exactamente igual al de su sustituto.

Pero, el segundo párrafo, sustancial por cierto, es absolutamente diferente al original. Allí se presenta la cuestión.

Recordemos que el art. 23, párrafo 2º, de la LCT dispone que: "Esa presunción operará igualmente aun 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".

Es este párrafo el que plantea la simulación, que en la práctica laboral se convierte en una técnica siempre a mano de algunos empleadores, que de ninguna manera puede estar reconocida por la normativa.

Decimos esto porque el segundo párrafo del art. 23, en su texto según el decreto 70/2023, expresamente establece que la presunción de que hablamos no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación, —que en muchos casos no son más que un recurso a figuras no laborales para tapan la relación laboral existente—, o cuando el pago se realice conforme los sistemas bancarios que determine la reglamentación, que puede conducir a la configuración de una forma de fraude laboral.

Es que, en verdad, esa "relación" a la que se refiere la norma del DNU, sencillamente, puede ser laboral y por eso habría que presumirla iuris tantum, es decir, pudiendo probarse lo contrario. La norma sustituta se refiere a los casos de contrataciones de obras o servicios profesionales o de oficios (se nos ocurre que v. gr., puede

tratarse de abogados, médicos, contadores, plomeros, gasistas, electricistas), en que se emitan recibos o facturas correspondientes a esas formas de contratación que reputa autónomas o el pago se realice de acuerdo a los sistemas bancarios que determine la reglamentación que, dicho sea de paso, provendrá del Poder Ejecutivo Nacional, o sea, del mismo poder del Estado que sustituyó al art. 23 de la LCT.

El problema es que, por exigencia de las empresas, muchas veces los empleados emiten recibos o facturas aunque son trabajadores dependientes. A efectos de poder trabajar, acceden a esas prácticas fraudulentas. Para eso, precisamente, funciona la presunción del art 23 que los jueces laborales tornan operativa en los juicios a fin de expulsar los supuestos de simulación o fraude laboral tantas veces consumados (art. 14 de la LCT).

Como si algo faltara, el decreto 70/2023 extiende los efectos de la ausencia de presunción, incluso, a la Seguridad Social. A nuestro modo de ver, parece increíble, todo.

Corresponde mencionar, asimismo, que en tanto el art. 65 del DNU sustituye el texto del art. 2° de la LCT, expresamente dispone que esta no es aplicable a las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación (inc. d). Aquino, sostiene que el DNU plantea que, v. gr., no sería una relación de dependencia el caso de los médicos o cualquier profesional que factura de manera exclusiva para una clínica (4). En cambio, a nosotros nos parece, que precisamente en casos como esos debería funcionar la presunción y, si en verdad no existe dependencia laboral, esto podrá demostrarse en juicio.

III. Los cinco independientes dependientes de un independiente

Como adelantamos, nos parece que el art. 68 del DNU está estrechamente vinculado al 96. Por eso, en el presente acápite haremos una ligera referencia al contenido de este último.

El mencionado art. 96 apunta al "trabajador independiente", que en verdad funciona como empleador, que contrata hasta cinco "colaboradores independientes" que, en verdad, dependen del primero, y lo hace para encarar un emprendimiento productivo (por razones de brevedad, remitimos al lector al lugar anteriormente mencionado donde hemos tratado este tema).

Acá solamente queremos destacar que, en estos casos, el art. 96 destierra el uso de cualquier presunción porque, sin más, determina que el emprendimiento productivo que aquel lleve adelante estará basado en una relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre los sujetos mencionados, ni con las personas contratantes de las obras o servicios.

Específicamente, la norma dispone que la reglamentación se encargará de fijar los requisitos y las condiciones del "régimen especial unificado", al que el emprendedor podrá acogerse.

La figura creada en su ejecución práctica depende, entonces, del reglamento proveniente de la misma autoridad que dictó el decreto de necesidad y urgencia.

Ahora bien, puede pensarse que el art. 96 se refiere a los emprendimientos productivos en el caso de los oficios. Por ejemplo, el del electricista, plomero, u otro que tiene un título profesional habilitante y presta servicios en forma autónoma, para lo cual se sirve de ¿colaboradores independientes?

Como en esos casos los trabajadores denominados colaboradores mayoritariamente son "dependientes del independiente" que los contrata, tal vez se consideró mejor desconocerles ese carácter pero que, por lo menos, se los regularice como monotributistas.

Nos parece que la dependencia laboral queda más clara todavía en otro tipo de emprendimientos, como son los pequeños comercios. Allí ¿el comerciante independiente en verdad contrata hasta cinco independientes para que colaboren con él, tal vez, atendiendo su negocio en diversos turnos? o, lisa y llanamente se trata de trabajadores dependientes del principal.

No se sabe si al hablar de emprendimiento productivo la reglamentación incluirá, por ejemplo, a un estudio de abogados o contadores, o a un consultorio médico, donde se reúnan varios profesionales dentro del futuro régimen simplificado (5) propuesto por el DNU.

Téngase presente, asimismo, que la ley 24.467, en cuyo Título III instaura el régimen laboral de las pequeñas empresas fija dos condiciones que deben configurarse conjuntamente para que estas puedan ser consideradas tales. Una de ellas es el número máximo de 40 trabajadores dependientes (que puede elevarse hasta 80 por negociación colectiva) (6).

Ante tal régimen cabría plantear si las empresas pequeñas ya no son emprendimientos productivos o si, a partir de ahora ya no se tratan de las que cuentan con hasta 40 trabajadores sino, desde 6 hasta 40, porque por debajo de ese número los trabajadores son considerados independientes. Lo expuesto es imposible de sostener.

En fin, no resulta demasiado difícil advertir que el de los colaboradores independientes es un caso concreto

—especialmente tratado por el DNU—, desprovisto de presunción y, por lo tanto, de protección laboral.

Aunque no puede predecirse el futuro del elemento normativo en cuestión, nos parece que si su art. 96 se pone en marcha será gravísimo, porque consagra abiertamente una técnica violatoria de la regulación laboral que puede llegar a ser muy utilizada.

IV. Una muy breve reflexión final sobre el retaceo de la presunción de la LCT

Indudablemente, la presunción laboral del art. 23 de la LCT es, y siempre ha sido, una herramienta esencial pues en torno a ella gira la existencia de la relación de trabajo.

No por nada el maestro Justo López decía que la utilización de figuras contractuales no laborales es el supuesto más significativo de simulación ilícita tendiente a evadir la aplicación de normas laborales (7).

Bueno, precisamente ese supuesto al que apuntaba el jurista fue desterrado del art. 23 de la LCT y, en su lugar, se convalidó un supuesto al que no se aplica la presunción (por decisión normativa) a pesar de que puede constituir simulación ilícita. Es que, la presunción prevista en el primer párrafo de la nueva norma es inmediatamente desvirtuada en el segundo.

No está de más señalar que, el caso de los cinco colaboradores independientes es, precisamente, uno de los tantos supuestos que requieren protección legal a través del funcionamiento de una presunción iuris tantum que permita ubicarlos en donde corresponde y el DNU les niega esta posibilidad.

Por eso, nos parece que en los casos planteados por el sustituto del art. 23 de la LCT, se multiplicarán las causas judiciales por dependencia laboral encubierta.

(A) Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular Consulta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Profesora en los Posgrados de Derecho del Trabajo y de Derecho de Familia (UBA, UCA y otras universidades del país). Consultora externa de la OIT en materia de trabajo infantil y adolescente. Autora de numerosos libros y artículos en la especialidad.

(1) LITTERIO, Liliana Hebe, Los "cinco colaboradores independientes" del decreto de necesidad y urgencia 70/2023. ¿Una invitación al fraude laboral?, LA LEY 26/12/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/3218/2023.

(2) Ambas normas se completarían a través de una reglamentación a dictarse.

(3) A mero título de ejemplo mencionamos la reciente sentencia del Juzgado Nacional del Trabajo N° 57, de "Rodríguez, Jonathan Damián c/ RAPPI ARG S.A.S. s/ despido", 25/09/2023, que fue motivo de nuestro tratamiento en: De Nueva York a Buenos Aires. Avance en el reconocimiento de los repartidores plataforma-dependientes, LA LEY, 4/12/2023, 1.

(4) AQUINO, Marcelo, según Bermúdez, Ismael, Se podrá contratar por fuera del convenio de trabajo, Diario Clarín, 23/12/23, p. 16.

(5) OLVEIRA, Dolores, "Letra chica del decreto: por qué es total la desregulación laboral para empleados de monotributistas", 21/12/2023, disponible en: <https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/letra-chica-decreto-desregulaci%C3%B3n-laboral-093700449.html>, fecha de consulta: 21/12/2023.

(6) Sobre el tema puede verse, LITTERIO, Liliana Hebe, entre otros lugares en: "Régimen laboral de las pequeñas empresas", Joaquín Fernández Madrid Editor, Buenos Aires 1999; Idem, en Estatutos Laborales Especiales dirigido por Ackerman, Mario, Tomo II, Santa Fe, 2022, p. 273 a 362.

(7) LÓPEZ, Justo, "Ley de contrato de trabajo comentada", López, Justo, Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, p. 196/197.