

# **TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**



**UNIVERSIDAD SIGLO 21**

**LA PRESUNCIÓN DE LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA EN SUPUESTOS DE  
PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES MÉDICOS  
EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.**

**AUTOR: ANA LAURA JUNCOS.**

**CARRERA: ABOGACIA**

**AÑO 2017**

## **Agradecimientos.**

Agradezco a mis tutores Descalzo Vanesa y Pablo Martí por la orientación a través de sus recomendaciones y correcciones de mi trabajo final. A Federico Rodríguez quien me acompañó en la metodología de la investigación, y recomendó bibliografía correspondiente a la temática.

Agradezco, también, a la Universidad Siglo 21 por su ejemplar nivel académico.

## **Dedicatoria.**

Dedico este trabajo a mi familia; mis papás, hermanos y sobrina por acompañar en cada momento, en especial a mi mamá Ana María Gigena Parker por su apoyo incondicional para que pudiese terminar mis estudios. A mis compañeros de trabajo, en especial a mi primo Darío Gigena Parker. Y a mis amigas por ser un pilar fundamental en esta etapa.

## **RESUMEN.**

La investigación llevada a cabo analiza la presunción de la relación de dependencia establecida en el marco del Art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo N 20.744 y su aplicación en casos jurídicos de prestación de servicios de profesionales médicos. El trabajo de análisis es de interés en la práctica jurídica actual, ya que se encuentra vinculado con la existencia de los numerosos conflictos individuales que tienen lugar en el marco de las relaciones de trabajo, cuyo objeto gira alrededor de la aplicabilidad de la presunción de la norma referida. Es por ello, que mediante el estudio minucioso de los principales argumentos doctrinarios y el análisis del contenido normativo en distintos supuestos de hecho analizados en el presente trabajo, se puede concluir que dependerá de cada supuesto de hecho, con el previo estudio de los aspectos principales de la aplicabilidad de la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, como así también de los principales conceptos normativos, los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que tengan como antecedente el caso analizado y así la viabilidad de la aplicación de la presunción referida.

## **ABSTRACT**

Research carried out analyzes the presumption of dependency relationship established under Art. 23 of the Labor Law N 20,744 Contract and its application in legal cases of provision of medical professionals. The analysis work is of interest in the current legal practice, as it is linked to the existence of numerous individual conflicts taking place in the context of labor relations, the object revolves around the applicability of the presumption of the standard concerned. It is for this reason that through careful study of the major doctrinal arguments and analysis of regulatory content in different factual circumstances discussed in this paper, one can conclude that depend on each assumption made with the previous study of the main aspects the applicability of the presumption of article 23 of the Law of Labor Contract, as well as the main legal concepts, doctrinal and jurisprudential arguments that have the background of the case analyzed and thus the feasibility of the application of the presumption concerned.

## **PALABRAS CLAVES.**

Trabajo dependiente – Relación de trabajo – Presunción – Locación de servicios profesionales – Trabajo médico – Modos de contratación - Artículo 23 de la Ley 20.744 – Empresario -

## INDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. CAPITULO I	8
1.1 Ley de Contrato de trabajo 20.744. Generalidades.	
1.2 Teoría general del derecho del trabajo. Conceptos normativos de dependencia, relación de trabajo.	
1.3 La protección laboral en el marco de la Ley del Contrato de Trabajo. El principio protectorio y sus alcances.	
1.4 Estructura de las presunciones. Presunción del artículo 23 de la Ley 20.744. La dinámica de las presunciones en el proceso.	
2. CAPITULO II	18
2.1 La locación de Obra y Servicios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Diferencias con respecto al Código Civil de Vélez Sarsfield. Nuevas disposiciones. Aspectos distintivos y comparativos con la Ley de Contrato de Trabajo.	
3. CAPITULO III	24
3.1 El contrato de trabajo dependiente. La dependencia.	
3.2 Necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo.	
3.3 El Trabajo autónomo y el trabajo dependiente.	
4. CAPITULO IV	31
4.1 Problemática particular de los Profesionales médicos. Modalidades de contratación.	
4.2 Funcionamiento en el Sistema Jurídico Argentino de la prestación de servicios.	
4.3 Supuestos de hecho. Soluciones Jurisprudenciales.	
4.4 Argumentos Doctrinarios. Controversia doctrinaria a propósito del Art. 23.	
5. CONCLUSIÓN.	43
6. BIBLIOGRAFÍA	45

## **INTRODUCCION.**

Las condiciones del ejercicio de la medicina en nuestro país han ido cambiando en los últimos años, fenómeno explicable por el desarrollo exponencial de la medicina donde se emplearon medios tecnológicos y surgieron grandes organismos corporativos especializados dedicados a prestar servicios de salud, lo que ha llevado a la declinación de la figura del “médico de cabecera” reemplazándolo por la presencia del profesional que atiende a sus pacientes como integrante personal de una empresa dedicada a la prestación de servicios médicos (Obra sociales, hospitales clínicos, laboratorios, fundaciones, etc.).

Considerar laboral a las prestaciones de servicios profesionales de la salud en el ámbito de las empresas dedicadas a la salud humana no es en realidad, una cuestión dogmática, sino que la naturaleza del vínculo depende de una cuestión de hecho y de prueba. Muchos casos se hallan en una zona “gris” entre el trabajo autónomo y el dependiente, resultando importante la operación jurisdiccional en cuanto a su calificación.

Entrando específicamente a la regulación normativa, es la Ley de Contrato de Trabajo la encargada de enunciar distintos principios fundamentales del Derecho del Trabajo, entre ellos, el principio protectorio a favor del trabajador (in dubio pro operario)<sup>1</sup>, siendo su finalidad la de proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, y manifestando distintas maneras y técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre el trabajador y el empleador en cuanto al poder de negociación que existe entre ellos.

El dependiente en el marco de la Ley de Contrato de trabajo es el subordinado jurídico en una relación onerosa por un empresario o empleador que es quien dirige la empresa y con el cual se relacionan de manera jerárquica todos los trabajadores.

Los poderes expresados son concedidos en miras a un interés colectivo de la empresa y no en el interés personal del empresario (Fin de lucro), aun cuando uno y otro se encuentren conectados. Por ello es que la Ley de Contrato de Trabajo menciona las facultades de dirección que asisten al empleador expresando que se deberán ejercitar “con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción”<sup>2</sup>.

No podemos dejar de mencionar que existe un esquema en cuanto a las formas de trabajo, por un lado encontramos al trabajo autónomo regulado por el derecho civil y comercial y, por el otro el trabajo dependiente, regulador por la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) que a su vez este

---

<sup>1</sup>Art. 9 Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744

<sup>2</sup>Art. 65 Ley de Contrato de Trabajo N°20.744

último puede ser oneroso o gratuito (cabe aclarar que nos centraremos únicamente en el dependiente oneroso y no profundizaremos tampoco sobre el empleo público, ya que no está abarcado por las normas de trabajo sino que está regido por el Derecho Administrativo).

La investigación llevada a cabo surge a partir de que existe en la actualidad numerosos litigios en el marco de la prestación de servicios de profesionales médicos y a la aplicación de la presunción de la relación de dependencia regulada en la Ley de Contrato de Trabajo.<sup>3</sup>

El trabajo de investigación se desarrolla en cuatro capítulos, comenzando por la descripción normativa vigente que regula la temática abordada, luego, se introduce a la teoría general del derecho del trabajo, desarrollando los principales conceptos normativos vinculados a la presunción de la relación de dependencia, y se presenta una estructura de las presunciones desarrollada por la doctrina consultada. Ya en el segundo capítulo, se hace mención al vigente Código Civil y Comercial de la Nación -01.08.2015-, marcando las diferencias de los principales aspectos de la locación de servicios, figura que es utilizada en la práctica jurídica actual y que entra en colisión con la Ley 20.744, se exponen también de manera sintética las diferencias con el hoy derogado Código Civil de Vélez Sarsfield; en el siguiente capítulo se desarrollan los nuevos modelos de contratación y su impacto en la práctica jurídica como en las relaciones de trabajo. Y finaliza el trabajo con el capítulo número cuatro donde se exponen fallos jurisprudenciales, las distintas posturas en la problemática específica de los profesionales médicos que prestan sus servicios, se desarrollan los principales criterios en los que la jurisprudencia se guía para fallar, y la opinión doctrinaria, sus posturas y argumentos al respecto. En cuanto al marco metodológico, la investigación llevada a cabo utiliza una metodología descriptiva. La misma, busca especificar las propiedades más importantes del instituto sometido a análisis, midiendo, o evaluando sus diversos aspectos, dimensiones o condiciones. El método utilizado en la investigación es el Cualitativo, el cual busca descubrir, profundizar, captar el sentido de las instituciones sociales (en nuestro caso las jurídicas), por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación de los significados de las normas que las regulan.

La técnica de recolección de datos de la investigación es llevado a cabo por el análisis documental, el que supone el análisis de fuentes primarias, secundarias y/o terciarias que den cuenta del hecho o instituto jurídico bajo estudio.

---

<sup>3</sup>Art. 23 Ley de Contrato de Trabajo N°20.744

## **1.CAPITULO I**

### **1.1 Ley de Contrato de trabajo 20.744. Generalidades.**

El Derecho del Trabajo clásico se caracteriza por ser una rama especial del Derecho que nació para dar respuesta a la singular problemática que se generó a partir de la prestación masiva y retribuida del trabajo dependiente. Y ello no ocurrió como resultado de una decisión política o doctrinaria sino, por el contrario, como respuesta a la concreta necesidad de canalizar, de manera compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista, el conflicto social surgido entre los antagonistas sociales emergentes. (Palomenque Lopez, 2000)

Así se gestó el Derecho del Trabajo, como un desprendimiento del Derecho Civil. La especialidad en esta disciplina se puso de manifiesto en la identificación de los sujetos destinados de su regulación, estos son el trabajador dependiente y los empleadores y entre ellos la unión o vínculo en una relación de dependencia.

### **1.2 Teoría general del derecho del trabajo. Conceptos normativos de dependencia, relación de trabajo.**

La consonancia de la relación de dependencia surge como una categoría cuestionada, no puede desconocerse que existe una imprecisión técnica que la caracteriza como así también numerosos casos en donde se generan complicaciones vinculadas a la aplicación de la misma. No es un problema nuevo, siempre existieron relaciones de trabajo insumisas a la categoría de la dependencia laboral, pero, cabe insistir, lo novedoso no es la naturaleza de la problemática sino la proliferación de casos que no encuentran en una adecuada solución en esa matriz conceptual.

Es importante destacar que en los últimos tiempos surgieron cambios en los modos de organizar la producción, el concepto de dependencia fue incorporado en métodos de producción considerablemente distintos de los actuales. Es posible entonces, que las profundas transformaciones sufridas por las organizaciones empresariales en las que se genera el trabajo dependiente, ocurridas como consecuencia de las apremiantes exigencias de la lógica económica, generen la necesidad de revisar (y, eventualmente, ratificar o bien modificar) conceptos que se ensamblaban armónicamente en el paradigma organizativo de la empresa dominante en años anteriores. (Goldin, 2001)



En la organización empresarial actual, existe una fragmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fases, funciones o actividades. La división de trabajo se verifica entre distintas organizaciones empresariales, resultando desplazado el principio de la división de trabajo intraempresarial, estructurado en torno a la diversificación de las prestaciones de trabajo y a la estratificación jerárquica de los trabajadores en categorías monovalentes, propias del viejo paradigma.

Así, la descentralización productiva se ha puesto de manifiesto en nuevas y variadas estrategias empresariales que, sin embargo, tienen por común denominador su estructura reticular.

La estructura empresarial tradicional se ha visto desarticulada y ha cedido parte de las actividades que integraban su ciclo productivo a otras empresas autónomas.

De todo lo hasta aquí expuesto, es natural inferir que a la par de las profundas modificaciones generadas en los modos de producir y de organizar las empresas se han operado de igual magnitud cambios en sus titulares, a quienes se puede identificar como los empleadores. En esta línea, el empleador se define de manera casi residual como el receptor de los servicios prestados por el trabajador. Esta identificación del empresario alias empleador, que a manera de satélite gira en torno de la tradicionalmente esencial noción de trabajador dependiente se complementa con la atribución (y regulación) de los llamados poderes jerárquicos de dirección, organización y disciplina, que lo transforman en centro de imputación normativa en tanto que por ellos se les impone una correlativa serie de deberes, cargas y obligaciones derivados del contrato de trabajo.

La dependencia es un concepto construido por la doctrina y la jurisprudencia. De todos modos, se advierte que en la actualidad el eje de análisis está más focalizado en un perfil de dependencia jurídica, sin descartar la económica. (Spota, Borda, 1979)

No existe en el ordenamiento laboral argentino, a diferencia de lo que sucede en otros, una definición de la dependencia laboral, no obstante el consenso que ya existía al momento en que fue sancionada la Ley de Contrato de Trabajo acerca del rol protagónico que ella jugaba en el campo del Derecho del Trabajo. (Spota, Borda, 1979)

El Legislador definió al contrato de trabajo y señaló a la dependencia como uno de los elementos distintivos:

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración<sup>4</sup>

Como también la incluyo al definir la relación de trabajo:

Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de esta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le de origen.<sup>5</sup>

A fin de esclarecer aún más el concepto de dependencia, y a la vez sistematizar de alguna manera clasificatoria para identificar si una determinada situación encuadra en el área de las relaciones laborales, es útil el aporte realizado por Antonio Martín Valverde, quien elaboró, desde el punto de vista jurídico, una tipología de prestaciones. (Valverde, Gutiérrez, García, 1990).

Contempla en una categoría al trabajo por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena, en el primero de los supuestos el prestador de servicios adquiere o se beneficia inmediatamente con los resultados productivos, es decir que los mismos forman parte del haber profesional y patrimonial de aquel. En el segundo componente, en cambio, los frutos de trabajo pasan directamente a otra persona que se beneficia con ellos desde el momento en que se producen.

Luego, en otra categoría, diferencia el trabajo autónomo del trabajo dependiente, tomando como criterio diferenciador la existencia (o ausencia) de instrucciones ajenas sobre el modo de ejecución del trabajo. Así, trabajo autónomo es el prestado por quien dispone plenamente sobre la manera de llevarlo a cabo, en tanto que el trabajo dependiente es aquel realizado por persona distinta de la que posee el poder de disponer sobre el esfuerzo laboral de quien lo presta. (Valverde, Gutiérrez, García, 1990).

Sin embargo, los casos que se generan en torno a los profesionales no siempre se prestan con claridad en cuanto a la clasificación mencionada supra, por el contrario, ellos han sido motivo de numerosos

---

<sup>4</sup>Art. 21. Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

<sup>5</sup>Art. 22. Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

fallos y trabajos doctrinarios en los que el objetivo fue desentrañar la naturaleza de la vinculación entre el profesional y el dador del trabajo.

En base a lo expuesto, y a las condiciones de aplicación de una categoría como es la dependencia en las relaciones de trabajo, es importante enunciar una estructura en cuanto a las presunciones, que serán desarrolladas en el próximo apartado.

Es en la situación especial de los médicos en los que se encargara esta investigación, donde se analizará la naturaleza del vínculo existente entre el profesional médico y el establecimiento asistencial en el que presta servicios, describiendo las circunstancias fácticas que en cada caso concurren. Tales relaciones podrán ir desde la relación de dependencia hasta el libre ejercicio profesional, pero también pueden atravesar zonas intermedias en las que resulta necesario desbrozar y despejar con nitidez los perfiles que definen la configuración del vínculo entre las partes, a fin de verificar la existencia o no de una relación de subordinación. (Alimenti, 2004)

Es por ello, que se analizaran en los capítulos siguientes los distintos supuestos de hecho, específicamente en la prestación de servicios profesionales médicos, que en la actualidad son numerosos por no existir uniformidad en los criterios que se desarrollaran en las decisiones jurisprudenciales. Para todos los casos, es fundamental la valoración de la prueba en el Contrato de Trabajo, según el Art. 50 de la Ley de Contrato de Trabajo “El contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el artículo 23 de esta ley

### **1.3 La protección laboral en el marco de la Ley del Contrato de Trabajo. El principio protectorio y sus alcances.**

Es entonces, la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 la que regula la presunción de la relación de dependencia en su artículo 23, así como también otros principios de suma importancia para el derecho laboral y para el abordaje de la investigación, entre ellos encontramos al principio *protectorio*<sup>6</sup>, donde se expresan tres reglas: *in dubio pro operario*, *regla de la aplicación de la norma más favorable* y *la regla de la condición más beneficiosa*. (Grisolia, 2013)

De la dependencia del trabajador deriva su desigualdad frente al empleador o su desigualdad prenegocial, su hiposuficiencia o su posición especialmente vulnerable. Esta situación es la que

---

<sup>6</sup>Art 9. Ley 20.744. Ley de Contrato de Trabajo.

requiere, para que no dé lugar a abusos masivos y socialmente disgregantes, de un refuerzo que reinstale la igualdad entre las partes. (Ackerman, 2014)

Este refuerzo de la posición del trabajador es la protección laboral, que constituye el propósito u objeto propio del Derecho del Trabajo. La Constitución Nacional, en su art. 14 bis, dispone efectivamente que las leyes “protegerán al trabajo en todas sus formas”, y si bien esta fórmula abarca literalmente más que solo el trabajo dependiente, lo cierto es que luego, en cuanto se desarrolla el mandato en el mismo artículo 14 bis, las materias en las que concretamente se dispone proteger son los contenidos más usuales del contrato de trabajo dependiente. (Ackerman, 2014)

La protección laboral requiere en todo caso una alteración del Derecho común, para modificar los resultados que daría la aplicación del mismo si no se incorporase al sistema esta alteración. Generalmente, si no en todos los casos, se trata de una inhibición del libre funcionamiento de la autonomía de la voluntad que es instrumento predominante del Derecho Común, con lo cual, al fin la problemática básica de contratar del empresario, también constitucionalmente protegida y por derivación a través de esta, con su derecho de propiedad. (Ackerman, 2014)

En la actualidad esta contradicción entre unos y otros derechos lo es entre derechos constitucionalmente garantizados en ambos casos, desde que, como se acaba de decir, con el artículo 14 bis se incorporó a la Constitución Nacional la protección laboral. En la medida en que sea necesario resolver la contradicción dando preferencia a unas u otras garantías constitucionales, como planteo general, se puede partir de que los derechos laborales en la Constitución Nacional son visiblemente referidos a necesidades personales y sociales más elementales y de que son posteriores a la garantía de contratar o al derecho de propiedad. (Ackerman, 2014)

En conclusión, resulta que el Derecho del Trabajo debe por necesidad de definición ser protectorio; no es un conjunto normativo neutralmente dispuesto para regir unas relaciones económicas determinadas. Y protectorio lo es en cuanto a sus normas, o el resultado de la aplicación de estas, superan, poco o mucho, lo que dispone el Derecho Común o de los resultados que daría su aplicación, el Derecho de Trabajo puede mantenerse, crecer, o sin agravio a su lógica definición. Lo que no puede, porque carece de sentido funcional (y posiblemente de legitimidad constitucional), es ubicarse con sus normas por debajo del Derecho común. (Ackerman, 2014)

Los principios generales del derecho son pautas superiores emanadas de la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad que fundamentan el ordenamiento jurídico y orientan al juez o

al intérprete de la norma. Los principios del Derecho del Trabajo, son reglas inmutables e ideas esenciales que conforman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico – laboral, y su fin último es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, al iniciarse, durante el desarrollo y hasta el momento de la extinción del vínculo laboral. (Grisolia, 2013)

El principio protectorio es uno de los considerados como más importante, su finalidad es la de proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, y se manifiesta en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador (diferente poder de negociación). (Grisolia, 2013)

La regla “in dubio pro operario” se encuentra plasmada en el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo , el cual reza “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”, es esta, una directiva dirigida al juez o interprete para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma o en caso de que esta resulte ambigua, si esta puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juzgador obligatoriamente debe inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador. (Grisolia, 2013)

Por su lado, encontramos a la regla de la norma más favorable, es aquella regla que se aplica cuando la duda recae sobre la aplicación de una norma en un caso concreto, cuando dos o más normas sean aplicables a una misma situación jurídica. El juez debe inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior.<sup>7</sup>(Grisolia, 2013)

A su vez, dentro del principio protectorio, se encuentra la última regla, la de la condición más beneficiosa, la que dispone que cuando una situación anterior sea más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar; la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos.<sup>8</sup> (Grisolia, 2013).

---

<sup>7</sup>Art. 9 Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

<sup>8</sup>Art 7 y Art 13. Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

#### **1.4 Estructura de las presunciones. Presunción del artículo 23 de la Ley 20.744. La dinámica de las presunciones en el proceso.**

En base a lo expuesto, y a las condiciones de aplicación de una categoría como es la dependencia en las relaciones de trabajo, es importante enunciar una estructura en cuanto a las presunciones, que serán de importancia en el desarrollo de esta investigación. Comúnmente se dice que se requiere uno o más “hechos antecedentes” que, debidamente comprobados sirven de base indiciaria para establecer el “hecho presunto”. Desde luego, no hay entre unos y el otro una relación de causalidad mecánica, forzosa, que al modo de las ciencias naturales o exactas permita arrimar una completa certeza sobre una conclusión. Además de las técnicas de integración e interpretación, el ordenamiento jurídico pone a disposición de sus operadores de argumentación (abogados y jueces) ciertas presunciones que pueden resumirse en la siguiente premisa: ante la duda, los jueces deben inclinarse por la solución que mejor se acomode a lo que con mayor grado de probabilidad ha ocurrido. En escenarios de completa certeza las presunciones no tienen lugar ni razón de ser. (Machado y Ojeda, 2005).

Esta particularidad, nos lleva a la consideración de que entre los hechos antecedentes y el hecho presunto no media una relación indefectible. Es necesario para ello, que los antecedentes o “base indiciaria” resulten de una prueba directa, no puede derivarse una probabilidad de otra probabilidad.

Debe existir una conexión lógica entre ellos y el hecho presunto, y dicha conexidad o enlace no debe ser meramente verosímil, sino la hipótesis explicativa más probable y por último, que no sea material o jurídicamente imposible.

Es la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 la que regula la presunción de la relación de dependencia en su artículo 23:

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 operara igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborables, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup>Art. 23. Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

Es sin dudas, una cuestión de prueba en cada situación fáctica o de hecho, es en este momento donde las presunciones se evalúan a través de las pruebas, con todos los medios autorizados así como lo expresa el artículo 50 “El contrato de trabajo se prueba por las leyes procesales y lo previsto en el artículo 23 de esta ley”.<sup>10</sup> Recibe de tal modo un régimen de amplitud probatoria que es consecuente con el carácter “no formal” del negocio jurídico constitutivo.<sup>11</sup> Este último atributo no se desdibuja siquiera en los casos en que la ley prevé una forma escrita a propósito de las modalidades de contratación, ya que en tal caso funciona como condición de validez de la modalidad, no del contrato en sí. (Machado, 2005)

El problema se circunscribe entonces en dos situaciones bien diferentes. La primera es la de el “trabajo en negro”, entendido por tal, en este contexto, la situación en que no pueden mediar dudas razonables entre las partes sobre la existencia de una relación laboral que, empero, al no estar documentada y en tanto el empleador la niegue, posiciona al trabajador ante la necesidad procesal de demostrar su existencia. (Machado, 2005)

La segunda es la del “trabajo en gris”. Es decir, los múltiples supuestos en que la relación es de naturaleza ambigua, fronteriza, opinable, equivoca, a tal punto que siquiera probando su corpus o materialidad es posible discernir con claridad si se está o no en presencia de un contrato típico y, luego, atrapado por la regulación especial. (Machado, 2005)

El aspecto más interesante, tenido en cuenta en la presente investigación, no pasa por demorarse en un análisis dogmático acerca de los hechos que es preciso acreditar para que el instituto se torne operativo, debate que en este plano puede considerarse prácticamente agotado (aunque no podamos omitirlo), sino en la ponderación de cómo y para que utilizan el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo los operadores jurídicos. (Machado, 2005)

Lo que llamamos conexión lógica es actividad humana, a veces a cargo del legislador, a veces del juez, destinada a detectar regularidades, modos ordinarios y corrientes de encadenarse los hechos, conclusiones que la experiencia, la técnica o la estadística asocian racionalmente a ciertas causas; en fin, tipos usuales de configurarse las cosas según “acostumbra a suceder”. En el tema que nos concierne el legislador ha indicado al interprete que dada la prestación de un servicio corresponde (al

---

<sup>10</sup>Art. 50. Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

<sup>11</sup>Art. 48. Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo.

menos en principio) presumirlo originado en un contrato de trabajo por ser esa la manera característica del “curso normal de los hechos” en la sociedad moderna. (Machado, 2005)

Es claro entender que los antecedentes o indicios que sustentan la presunción, son a la vez, meramente probables y no hechos probados, desde la etapa “justiniana” del Derecho Romano se tiene por cierto que “*prestum de presunto non admittur*”, esto es, no se admiten presunciones basadas en otras presunciones. La conexión lógica no corresponde a los parámetros tolerables de ejercicio de la sana crítica sino a un desvío antojadizo y arbitrario, por ejemplo, cuando el juez selecciona entre todas las relaciones posibles a la menos probable. (Machado, 2005)

Desde el punto de vista técnico la doctrina procesal más calificada niega que la presunción sea un medio de prueba. Atrapada en su esencia, es en realidad una técnica de selección o valoración de la prueba. Forma parte del ejercicio de la crítica judicial, del raciocinio y la experiencia aplicados a interpretar los hechos demostrados en relación con el discurso y las pretensiones de las partes. (Couture, 1976) Por lo mismo, suele afirmarse que constituyen prueba indirecta, ya que la tarea del intérprete en la reconstrucción histórica se apoya en realidad en los indicios probados de los que la presunción, como operación intelectual, viene a depender. (Machado, 2005)

Como quedo dicho, cualquier presunción en sentido propio o estricto implica el enlace o conexión lógica entre hechos distintos (unos comprobados y otros que se tendrán por ciertos). Cuando la operación racional reconoce en ambos extremos del tránsito hechos idénticos, carece de sentido. A veces, sin embargo, puede haber coincidencia parcial entre los hechos conocidos y los establecidos presuntamente. (Machado, 2005)

En cuanto a la actividad probatoria, dentro del proceso, podemos decir que la misma se cumple dentro de un plazo común, a lo que se sigue que generalmente ignoran cuales habrá de concretar la adversaria. Incluso si nos retrotraemos al momento del ofrecimiento, esa incertidumbre subsiste, ya que en este tipo de casos resulta de especial pertinencia una prueba testimonial de la que desconocen si habrá de producirse y con qué exacto contenido. Es decir, que importa una “ficción” la afirmación tradicional de que las presunciones vienen, por así decirlo, a definir anticipadamente el objeto de la prueba a cargo de cada una de las partes litigantes. En la dialéctica del proceso puede devenir insuficiente o sobreabundante el material probatorio presupuestado, según sea la actitud y diligencia procesal de la contraparte. (Machado, 2005)



Inclinarse por una interpretación del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo que reciba una directriz del tipo *in dubio pro contrato de trabajo*, incluso si se la matiza y ajusta del modo en que lo hace la jurisprudencia, supone aceptar la opción del legislador por erigir un tipo contractual dominante en el escenario multiforme de la prestación de servicios. (Machado, 2005)

Para concluir el primer capítulo de este trabajo de investigación, se puede decir que los modelos de trabajo han ido cambiando con el paso del tiempo con la incorporación de nuevos modos de producción, y que ha sido el Derecho quien se debió adaptar a estos cambios para proteger al trabajador en situaciones de vulnerabilidad a través de las normas reguladas en la ley especial. Surge a partir de ello la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo para encontrar una solución normativa a través de un hecho antecedente y una conexión lógica con la protección del trabajador que se encuentra encubierto en una relación laboral, vulnerando derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional.

## **2.CAPITULO II**

### **2.1 La locación de Obra y Servicios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Diferencias con respecto al Código Civil de Vélez Sarsfield. Nuevas disposiciones. Aspectos distintivos y comparativos con la Ley de Contrato de Trabajo.**

En el presente capítulo se desarrolla de manera simplificada la estructura que presentaba el Código Civil ya derogado de Vélez Sarfield y se busca encontrar las diferencias y/o similitudes con el hoy vigente Código Civil y Comercial de la Nación

En el ya derogado Código Civil de Vélez Sarfield la locación de servicios se ubicaba en la Sección Tercera: De las obligaciones que nacen de los contratos, en el Título 6: De la Locación, y específicamente en el artículo 1493 decía:

Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio: y la otra a pagar por ese uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero<sup>12</sup>

Se puede claramente distinguir que la locación de servicios era una obligación que surgía de un contrato. La norma era genérica, incluía en la locación tanto los servicios, una obra, o el uso y el goce de una cosa a cambio de un precio determinado en dinero.

Con la nueva sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, desaparece la palabra locación en relación a la prestación de servicios, el reciente CcyCN ubica en el Título IV de Contratos en particular, en el libro III Derechos personales, en el Capítulo 6 el título de Obra y Servicios, y define en la sección primera las disposiciones comunes a las obras y servicios. En el artículo 1251 ubicamos al concepto el cual lo define:

Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. El contrato es gratuito si las partes así lo pacten o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>Art. 1493. Código Civil Argentino. (Derogada por el Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994)

<sup>13</sup>Art. 1251. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N°26.994.

El contrato de obra y servicios en el nuevo Código deja de ser considerado un subtipo de locación mediante un cambio nominal, englobándose en un mismo capítulo a lo largo de tres secciones, la distinción conceptual con la locación de cosas existía ya claramente delimitada en doctrina. Así, se hablaba de la "locación de actividad" (López de Zavalía, 1993) que englobaba, conjuntamente, la locación de servicios y la locación de obra. El cambio es acertado desde lo teórico, mejorando los problemas metodológicos que se originaban en el Código de Vélez, sobre todo en referencia a los arts. 1495, 1496, 1497 y 1498 que referían esencialmente a la locación de cosas.

Se remarca, también, analizando el texto del Proyecto de 1998, que se deriva de la definición la persistencia de la autonomía legislativa de la relación de trabajo dependiente en la ley 20.744 y modificatorias, mientras que el trabajo autónomo en general (incluyendo servicios) encuentra "disposiciones comunes de la sección primera". Estas conclusiones son aplicables a la metodología interna actual. El límite de ambas regulaciones es trazado por la palabra independiente.

Existe cierto consenso en que, la nota distintiva de la relación laboral, no abrazada por las regulaciones de este capítulo, se configura a partir de una triple dependencia: jurídica, económica y técnica, donde el empleador asume los riesgos económicos propios de tal colaboración.

Frente a la exuberancia de la realidad nos encontramos con la parquedad de la ley. El Código Civil de Vélez Sarsfield destinaba unas pocas disposiciones a la contratación de servicios: seis artículos (arts. 1623 a 1628) (arts. 1251 al 1255, CCCN) específicos para la *locatio*, que además de la insuficiencia, exhiben una obsolescencia terminológica; las obligaciones de hacer, que constituyen el aspecto nuclear del contenido deudor, se regulan en siete artículos (arts. 625 a 631) (arts. 773 al 777, CCCN). (Lorenzetti, 2016)

Siguiendo al modelo romano y alemán, se distinguieron entre nosotros tres tipos de locaciones: de cosas, de obra y de servicios. A posteriori, con el surgimiento de la legislación laboral, se indicó que en lo referente al trabajo humano hay tres regulaciones distintas: laboral, locación de obras y de servicios. (Rezzonico, p.542 nota 13)

Casi todos los autores coinciden en señalar que la locación de servicios cumple un papel menor, destinado a fijar las relaciones jurídicas derivadas del contrato de un carpintero o de un albañil. Este enfoque lo ratifica el Proyecto de la Comisión Federal de Reformas al Código Civil, que en este aspecto minusvalora la locación de servicios.

El proyecto de la Comisión Federal señala que se mantiene el carácter “residual” de la locación de servicios para aquellos trabajos que, por su índole, escapan a la relación laboral; en realidad, la reforma le dedica un solo artículo, el 1627, para referirse al precio no pactado.

En la locación de obra se introducen algunos aspectos relativos a la recepción de la obra, provisoria y definitiva, por lo que no se deduce de ello una admisión expresa de los servicios profesionales. En consecuencia, se deja de lado la solución del proyecto de 1987 que tipificaba al contrato como de locación de obra intelectual. Tampoco se ha definido típicamente un contrato de servicios ni se ha dado ninguna pauta para la calificación. (Lorenzetti, 2016)

Debe agregarse que a la hora de distinguir entre la locación de obra y de servicios, es común señalar que en la primera se compromete una obligación de resultados y en la segunda una obligación de medios. A renglón seguido se afirma que en las obligaciones de resultado hay una imputación objetiva y en los de medio una subjetiva.

El sistema actual en el Código Civil y Comercial de la Nación presenta algunas características especiales.

En primer lugar, se abandona la noción de locación de obra y servicios que se reemplaza por la de contratos de obra y de servicios y, en segundo lugar, no se regulan específicamente los contratos de los servicios profesionales, tema que nos compete en la presente investigación.

En efecto, y con relación al primer aspecto, en los Fundamentos del Anteproyecto se señala que el código abandona “la noción de locación de obras y de servicios” que, aunque tiene una extensa tradición legal, no se compadece con los usos y la evolución de la doctrina.

Por esta razón, siguiendo proyectos anteriores, se utilizaban los vocablos “contratos de obra y de servicios”. Establecida esta premisa, surge el problema de distinguir entre los distintos tipos de obra y servicios. Este aspecto es central en el método del ordenamiento legislativo y esencial para disminuir la cantidad de litigios existentes, derivada de la confusión de fronteras. Por esta razón, continúan los Fundamentos del Anteproyecto, les pareció adecuado establecer una Sección 1 como lo hace el proyecto de 1998, de reglas comunes a las obras y servicios, la Sección 2 para obras y la Sección 3 para los servicios.

Sin embargo, en el referido proyecto no se establecen pautas para distinguir los diferentes subtipos, y por ello es que se aconsejan algunos agregados para cumplir con esa finalidad.

Como ya fue desarrollado el concepto del artículo 1251 del CCCN, me queda decir que los servicios autónomos previstos en ese artículo se diferencian de los servicios dependientes regulados por la Ley

especial del Contrato de Trabajo (Ley 20.744) en que en los primeros se actúa sin subordinación jurídica, económica y técnica. (Lorenzetti, 2016)

Los fundamentos se refieren a la dificultad de la doctrina y la jurisprudencia para diferenciar cuando se presta un servicio o se ejecuta una obra. El servicio es un hacer y una actividad intangible. Se aclara que un servicio es un hacer con un valor específico y no un dar; el servicio brinda una función intangible al adquirente que no incluye un producto.

Desde el punto de vista económico se distingue entre el servicio y el producto de modo parecido a la compraventa y al contrato de servicios, lo que no excluye que en algunos casos de servicios públicos se da una cosa a cambio de un precio (teléfonos, electricidad) porque en tal caso se contrata un servicio con provisión de materia.

Por ello, el servicio se caracteriza como una actividad, que involucra una obligación de hacer. La fabricación de bienes y la transmisión de derechos reales, aunque puede darse, es accesorio de la actividad principal. El servicio es actividad intangible porque esa actividad para el receptor se agota con el consumo inicial y desaparece, aspecto que se vincula con la inversión de la carga probatoria una vez que tal actividad se prestó. En cambio, en el contrato de obra, la obra es el resultado reproducible de la actividad y es susceptible de entrega. En la obra se pretende el resultado (la utilidad abstracta) y el trabajo es el medio para lograr ese objeto y la persona solo es relevante cuando se contrata *intuitu personae*. Por el contrario, en los servicios la actividad es un fin y el objeto del contrato es la utilidad concreta que se deriva de ese trabajo; se contrata a la persona como productora de utilidad. (Lorenzetti, 2016, p 512)

Ahora bien, y con relación a la regulación de los contratos de servicios profesionales (el otro aspecto importante del sistema actual y del que llevamos a cabo en el desarrollo de toda esta investigación) no existe un tipo especial y los artículos 1278 y 1279 remiten a los principios generales de los contratos de obra y servicios (arts. 1251 a 1261 y 1262 y 1277) y a las obligaciones de hacer (arts. 773 a 778). En los fundamentos del Anteproyecto se expresa que se entendió innecesario regular en un tipo especial el contrato de servicios profesionales como fue propuesto en el Proyecto de 1992 por que las diversidades de las actividades profesionales hacen difícil encuadrarlas en un solo tipo especial, y existe mejor adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos.

De este modo, cabe acudir a las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios que prevén los aspectos vinculados con la discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato

dependiente, los efectos de la utilización de terceros y el modo de determinar la obligación del profesional. (Lorenzetti, 2016)

La parte especial de los contratos de servicios remite a las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera actividad de los otros en los que se promete eficacia. También en las obligaciones existen previsiones sobre la utilización de terceros, la imputación basada en la estructura del vínculo obligatorio, la confianza especial, y los deberes secundarios de conducta. En la parte general de los contratos hay numerosas disposiciones aplicables a la de los servicios profesionales; los aspectos inherentes a la prueba están contemplados en las obligaciones y los de la responsabilidad en la parte general de este tema.

El artículo 1251 del CCCN sienta el principio de discrecionalidad técnica porque puede elegir los medios a utilizar según la ciencia y conocimientos propios de cada prestación. El artículo 1253 del CCCN dice que el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato. Por lo cual no existe dirección en los medios técnicos de los que se servirá el prestador de servicios, es el mismo contratista quien los elegiría.

El artículo 1252 del CCCN brinda pautas para diferenciar la obra de los servicios. Así especifica que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia, y de obra cuando se promete un resultado eficaz reproducible o susceptible de entrega. Por consiguiente el contrato de servicios profesionales médicos comprende los dos primeros supuestos del artículo 774 del CCCN, o sea a) realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; b) procurar al acreedor cierto resultado concreto (ejecutar el trabajo médico conforme a los conocimientos razonablemente adquiridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia, y la técnica correspondiente de la actividad desarrollada, según lo expresa el art. 1256, inc. a) pero concluye el artículo 774, inciso b; con independencia de su eficacia (no garantiza la curación). (Lorenzetti, 2016)

El contrato de servicios se diferencia del contrato de obra porque en este se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega, en concordancia con el artículo 774, inciso c, que prevé como obligación de hacer la de procurar al acreedor el resultado eficaz prometido, salvo que ese resultado sea una cosa, supuesto que se rige por las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales. (arts. 750 a 758). Ocasionalmente el profesional puede celebrar un contrato de obra cuando promete un resultado eficaz y reproducible, como cuando, por ejemplo, realiza un estudio médico específico, o una cirugía estética en la que se obliga a lograr un modelo determinado.

Concluye el artículo 1252 del CCCN estableciendo que los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral y por las disposiciones comunes a las obras y a los servicios, se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados. (Lorenzetti, 2016)

Recalco, que el profesional se obliga a realizar una actividad de modo independiente y con discrecionalidad técnica, es decir con libertad para elegir los medios para la ejecución del contrato, pero dentro de los límites que a la actividad medica le impone autonomía de voluntad en lo relativo al consentimiento informado y los restantes derechos de los pacientes, según las normas generales (arts. 56 a 61 CCCN) y las especiales.

Para finalizar este segundo capítulo, es importante entender que su desarrollo expone el límite entre la aplicabilidad del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Contrato de Trabajo, ya que la diferencia está marcada en que la primera es una relación meramente civil regulada a través de un contrato civil, por la cual existen cláusulas acordadas entre dos partes en igualdad de condiciones al contratar, una a prestar un servicio y otra a pagar un precio por dicho servicio. La segunda hace referencia a una relación expresamente laboral, regulada por una ley especial, en donde las partes son el empleador y el trabajador, uno que contrata y otro que presta sus servicios de manera periódica y bajo condiciones establecidas en el marco de la ley. La zona gris entre si esta prestación de servicios encuadra en la Ley de Contrato de Trabajo o en la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación es la que trae aparejada cientos de casos de conflictos y que deben ser analizados en concreto para determinar si encuadra en una u otra normativa.

### **3.CAPITULO III**

#### **3.1 El contrato de trabajo dependiente. La dependencia.**

Una alternativa clásica es la de si resulta preferible definir al Derecho del Trabajo por su objeto (trabajo) o por sus sujetos (trabajadores). De manera poco menos que unánime, entre los primeros conceptos definatorios del Derecho del Trabajo se incluye el señalamiento de que el trabajo del que se ocupa la materia es trabajo humano, personal, libre, oneroso o remunerado, voluntario, por cuenta ajena y subordinado en relación de dependencia. (Ackerman, 2014) De estas dos últimas nociones (por cuenta ajena y dependiente), cuya definición es la esencia de la del Derecho del Trabajo, nos ocuparemos en el apartado que sigue. El contrato como expresión de la autonomía de la voluntad supone necesariamente una voluntad libre, y por otra, al menos en la hipótesis más general y presupuesta, lo de contrato supone también que las prestaciones tengan reciprocidad o sean parte de un complejo sinalagmático, lo que para que esta prestación de servicios implica que si es contractual debe, en principio, ser remunerada. (Ackerman, 2014)

Al elegir la figura del contrato como uno de los elementos nucleares de la definición de la materia de que se trata, se suma a los conceptos básicos la por lo menos centenaria elaboración científica sobre esta categoría – la del contrato -, con la imponderable utilidad que esto supone en cuanto a que si se agrega un acopio de ideas y explicaciones y un marco de referencia tan extensamente elaborado. Por ello, más que nada, es que no prosperaron las postulaciones para reemplazar la figura contractual como explicación o encuadre de las relaciones de trabajo. (Ackerman, 2014)

El esquema tradicional para explicar las ideas básicas de esta materia no se refiere a cualquier trabajo, sino solo al trabajo personal, libre, oneroso, por cuenta ajena, pero además y necesariamente, como cuestión de definición, al trabajo subordinado o en relación de dependencia. La noción de relación de dependencia está en la esencia misma del Derecho del Trabajo; es la que le da razón de ser. (Ackerman, 2014)

Por eso es que en el proceso de definir y delimitar la materia, aun cuando se empiece por la búsqueda y verificación de los límites funcionales de la necesidad de protección, o se siga tratando de ubicar los límites o las fronteras del contrato de trabajo o la identificación de sus sujetos, al fin inevitablemente se confluje sobre la noción de la relación de dependencia, que es la esencial, de la cual necesitan todas las demás para no caer en la imprecisión, y alrededor de la cual, como si fuera en última instancia su núcleo, se estructura todo el Derecho del Trabajo. (Ackerman, 2014)



El problema está en que la noción de dependencia laboral no ha sido nunca algo fácil de determinar; es una noción crecientemente esquiva en la medida en que se sea estricto con el requerimiento de que la idea sirva para lo que tiene que servir, que es para marcar las fronteras de lo que está dentro o fuera del derecho especial y, por consiguiente, sobre todo para que en la práctica ayude a resolver los casos problemáticos. (Ackerman, 2014) De los que, sin dudas, la justicia colapsa y encuentra zonas de poca certeza jurídica. Decimos esto porque las dudas no se dan respecto del trabajador industrial a tiempo completo y con un contrato de tiempo indeterminado o duradero, caso que es sin duda el de un dependiente prototípico, seguramente tan necesitado como provisto por la legislación, inequívocamente, de un tratamiento protectorio diferenciado. El problema se plantea en los casos fronterizos, confusos o borrosos, o con los disimulados, y es para resolver estos y no los otros que tiene que servir la noción de relación de dependencia, si es que va a ser una idea útil y operativa. (Ackerman, 2014).

En este sentido sirve tener en cuenta lo que sería una noción de la relación de dependencia, digamos así, vulgar, o espontánea, en el sentido de que es la que siempre aparece en cualquier tratamiento de esta cuestión, aunque muchas veces más implicada que explícita, o como si fuera un presupuesto o algo que se da por descontado. Desde este punto de vista, la relación de dependencia es un vínculo – entre trabajador y el empleador – caracterizado porque tiene más alcance o más intensidad que el que siempre se produce en cualquier contrato, sobre todo en los de prestación de servicios, de modo tal que se convierte ese vínculo en algo tan necesario para la economía del trabajador que en el interés de obtenerlo o conservarlo, el trabajador termina por perder parte o toda su libertad de actuar, con respecto a ese contrato, con la firmeza o del modo en que lo haría si no estuviese en juego su subsistencia. Por eso es que la relación de dependencia expone al trabajador a abusos y por eso es que en esta situación se necesita de refuerzos y protección. (Ackerman, 2014)

Dentro de la dependencia se distingue la dependencia jurídica de la económica, a la que se agrega, sin gran utilidad, la posibilidad de una dependencia técnica que consiste en que el trabajador no es el encargado de especificar como deba hacerse su trabajo, porque esto queda sujeto a las directivas que le den. En lo que interesa en una materia de Derecho, esta dependencia no parece discernible de la jurídica, sin embargo, si bien la dependencia técnica generalmente existe, no tiene por qué hacerlo cuando se trata de trabajadores de alta jerarquía y gran calificación técnica, sin que por ello dejen necesariamente de ser dependientes. En todos los casos con el propósito de revisar si una u otra son lo que hace necesaria la protección legal, o sea, cuál de ellas o cuanto de cada una coincide con la

idea de dependencia laboral en la que se centra la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo. (Ackerman, 2014)

La dependencia jurídica se refiere en general, a la situación en que uno queda obligado a seguir las directivas de otro, tanto que no cumplirlas constituye un ilícito o un incumplimiento del contrato, o, conforme a una elaboración posterior y más compleja de la misma idea, la situación en que una persona se incluye, se agrega o se “incorpora” a una organización dirigida por otro. Desde este punto de vista la subordinación laboral es la contracara simétrica del poder empresario de dirección o de los de dirección y organización; sin que estos poderes se ejerzan, no hay dependencia y viceversa. (Lopez, Centeno, Fernandez, 1977)

La dependencia económica, con bastante frecuencia, si no con generalidad, se hace coincidir la dependencia económica con la “ajenidad” del trabajador, termino este que a su vez se usa de un modo muy equivoco, porque tanto se lo refiere a ser los bienes de producción ajenos como a ser ajenos los riesgos de la explotación o los frutos de esta. Como parte de un planteo general, puede decirse que esta identificación de ajenidad con dependencia no aporta claridad ni auxilia al progreso de las ideas, sino que se trata básicamente de una confusión. (Ackerman, 2014)

Según una comprensión más útil, y más acertada, la dependencia económica consiste en que lo que debe estar dependiendo de la relación con el empresario es el presupuesto de gastos de subsistencia del trabajador, de modo que, si ese vínculo se cortase, el presupuesto quedaría inevitablemente desatendido. De un modo más complejo, esta misma perspectiva de la dependencia puede presentarse también aprovechando la noción de la ciencia económica sobre la empresa como organización de factores para la producción: el trabajador, considerando como aportante del factor de mano de obra, esta necesariamente relacionado, para lograr producir lo que produce, con los demás factores que se requieren para hacerlo (bienes productivos u organización empresarial), factores que son de propiedad o de titularidad ajenas. Y así es que no solo el trabajador depende de su relación con los demás factores (con el propietario o titular de estos) para mantener su presupuesto, sino que incluso depende de esa relación para conseguir realizar el trabajo cuyo rendimiento pueda participar. (Ackerman, 2014)

Mientras la dependencia económica tiende a coincidir con la noción espontánea de dependencia y en definitiva con la esencia del fenómeno por el que se requiere protección, la dependencia jurídica, como decimos, existe en muchos contratos no laborales, fuera de que no existe o existe muy poco en contratos que sí lo son o que razonablemente deberían serlo. (Motoya Melgar, 1999)

En esencia, lo distinto consiste en que mientras la relación de dependencia desde el punto de vista económico es hecho material que existe o no y que por ello debe al fin ser al menos potencialmente comprobable, desde el punto de vista jurídico, en cambio, es solo un objeto de existencia ideal, añadido sobre la realidad y por lo tanto más o menos susceptible de ser puesto y sacado de manera arbitraria. Por eso mismo es que la dependencia jurídica es fácil de ocultar, de disimular o incluso de excluir ex profeso, mientras que la dependencia económica puede no ser a veces tan fácil de probar, pero en definitiva es inocultable y objetivamente poco discutible, sobre todo en su citada variante más compleja esa que aprovecha o utiliza la noción económica de empresa.

De hecho, es posible que gran parte de la difícil problemática de inclusión - exclusión de casos, supuestos y contratos por la que pasa el Derecho del Trabajo en el presente, se deba en lo sustancial a modificaciones de la economía, en lo que se refiere a la necesidad de protección que debe definir el Derecho del Trabajo como cuestión propia, al uso preferente que se hace del criterio de dependencia jurídica, con el cual no se puede alcanzar a dar una respuesta concreta a estos planteos.

En cuanto a las críticas que se pueden hacer al concepto mismo de la relación de dependencia o a su uso en el Derecho del Trabajo, la contradicción más consistente y de más alcance que se le dedica como elemento definitorio de esta materia, es que en el contrato de trabajo el trabajador cede por anticipado los frutos de su trabajo al empleador, siendo esta cesión anticipada lo que lo pone en situación particularmente vulnerable y no la dependencia, que sería solo una consecuencia de la cesión anticipada. Dice Alonso Olea que “el hecho de que el empresario se apropie por anticipado del producto de la labor del trabajador es lo que deriva en, o supone, que aquel pueda dirigir y organizar la producción del trabajo que contrata; de allí que en este esquema el trabajador queda sujeto a las ordenes o instrucciones del empresario”. (OLEA, Alonso, 2010, p 42 a 47)

Es principalmente desde esta forma de ver las cosas que la noción de dependencia resulta ser la cara del poder de dirección que al empresario se le reconoce siempre como uno de los contenidos generales del contrato de trabajo; pero ambos (dependencia y dirección) no son, desde este punto de vista sino consecuencias de lo esencial que es, la cesión anticipada.

Sin embargo, se ha podido observar en primer lugar que la cesión anticipada del producto no solo se da también en otros contratos no laborales, sino que es de la naturaleza misma de estos (sobre todo de la locación de servicios y en muchos casos de locación de obra), lo cual se manifiesta también que en muchos contratos no laborales existe un variable grado de poder de dirección a favor de una de las partes.

### 3.2 Necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo.

“La consecuencia visible de este nuevo mundo del trabajo es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores” (Ackerman, 2014, p 37) Es sabido que debido a los cambios que sufre el mundo actual en todos sus aspectos, las empresas no son menos en recibir diferentes impactos, las empresas también cambian y vienen cambiando a lo largo de los años como así también los vínculos propios dentro y fuera de la empresa.

No cambio la persona que trabaja; no cambiaron las razones que la llevan a trabajar, sus carencias ni sus necesidades. Siempre la persona humana, desde su comienzo busco las herramientas que tenía a su alcance para generar trabajo y poder satisfacer las necesidades básicas para alimentar al núcleo familiar. (Ackerman, 2014)

Es cierto, si, que, por una concurrencia de causas, y en un abanico de situaciones, ya no es muy sencillo recorrer la dependencia jurídica. Sin embargo, una mirada quizás un tanto diferente de la tradicional podría llevar a que se considere que si el Derecho del Trabajo jerarquizo a la dependencia jurídica como la clave de la bóveda que permite el acceso a su ámbito de protección, ello también se debió a que esa subordinación permita suponer la previa necesidad de quien no pudo elegir entre trabajar y no hacerlo, como tampoco pudo optar entre hacerlo en forma autónoma o dependiente y, finalmente entrego libertad a cambio de salario. (Ackerman, 2014)

Por eso la protección. Y también por eso la protección frente al empleador, beneficiario de la prestación personal y titular de los poderes jerárquicos a los que se subordina el trabajador.

El cambio producido en la estructura de las empresas y, especialmente, el tipo de vínculo que estas pretenden establecer con las personas que trabajan para ellas, parece haber llevado también a la ruptura. “Una parte reconoce autoridad empresarial y su derecho de propiedad, de dirección y de organización; mientras la parte de los empleadores acepta integrarse en un esquema de promoción del bienestar de los trabajadores, en el cual el Estado juega un papel importante.” (Ackerman, 2014 p 39)

Sin embargo, se observa que aquellas personas que trabajan bajo la subordinación de otras ya no es que muestran necesidad de protección sino la respuesta normativa y social a esa necesidad.

### 3.3 El Trabajo autónomo y el trabajo dependiente.

Como ya se mencionó en otros apartados, cuando se habla del trabajo dependiente y la prestación de servicios médicos existe un punto “gris” entre la aplicación normativa de esta categoría cuestionada de la dependencia en el ámbito civil y en el ámbito de la norma específica de la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que es oportuno avanzar en el desarrollo de aspectos que hacen al trabajo autónomo y que entra en colisión con el trabajo dependiente.

El trabajo que al Derecho del Trabajo clásico le urgía regular no era todo tipo de actividad productiva sino la prestación masiva de trabajo por cuenta ajena bajo la dependencia y a cambio de salario. Y esta no era una elección caprichosa del legislador, era el producto de la necesidad de encauzar la actividad económica del sistema industrial de producción de bienes y servicios. (Ackerman, 2014)

Respecto del trabajo autónomo, en cambio, no se verificaba aquella necesidad; ese tipo de tareas solo ocupaba la periferia del mundo productivo. Sin embargo, el incremento paulatino de la significación económica de las diversas expresiones del trabajo en autonomía, así como el creciente proceso de proletarización de los trabajadores que se ocupan de estas formas de actividad, han sacado el trabajo autónomo de un lugar incierto y lo han traído al centro de la escena generando una justificada preocupación motivada en la necesidad de brindar protección social a esas personas. (Palomeque López, 2000, p 442)

Dentro de las notas que caracterizan al trabajo autónomo, en lo que hace relación a la titularidad de los resultados del trabajo, el autónomo es un trabajador que desarrolla su actividad por cuenta propia ya que adquiere de modo originario los resultados de su labor, cuyo destino final en el mercado se articula a través de negocios jurídicos diversos (a diferencia del trabajador por cuenta ajena respecto de quien, como se ha visto, los frutos de su actividad se trasladan a una persona distinta desde el mismo momento en que se producen). En segundo término, el trabajador autónomo es independiente, en el sentido de que no se somete a las órdenes y directivas que emanan del poder de dirección y organización de otra persona. (Rodríguez Mancini y Fontana, 2001)

El trabajador no asalariado no se halla integrado a un servicio organizado, no está ubicado bajo la dirección de aquel para quien trabaja y tampoco en estado de subordinación jurídica en relación con aquel. El autónomo fija sus propias condiciones y normas de trabajo. (Rodríguez Mancini y Fontana, 2001)

La categoría de la dependencia, al igual que la de la autonomía laboral, no es homogénea. La denominación de autónomo le cabe tanto al trabajador cuentapropista que es titular de una organización productiva (y aun al que tiene trabajadores a su cargo, es decir, que es a la vez empresario) como al que solo posee su capacidad de trabajo.

Lo cierto es que solo a un segmento cada vez más acotado del amplio espectro del trabajo humano le cabe sin lugar a duda la categoría de trabajo dependiente y por cuenta ajena o, en el otro extremo, la del trabajo independiente y autónomo.

Hablemos de prestadores de servicios que, aunque no sujetos a las órdenes y directivas del dador de trabajo, necesitan incorporación a la organización productiva de aquel para poder subsistir, es decir, trabajadores que si bien no dependen jurídicamente del titular de aquella organización si lo hacen económicamente. Se trata de personas que, sin estar comprometidas en virtud del Contrato de Trabajo, prestan colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de inferioridad económica, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad.

La evidente desigualdad negocial de los trabajadores autónomos que se encuadran en esa situación ha sido objeto de particular atención por parte de la doctrina extranjera desde hace ya algunas décadas. Lo cierto es que el desplazamiento del trabajo independiente desde los suburbios al centro de la actividad productiva aviva la preocupación y la necesidad de dar respuesta en el terreno de la protección a ese colectivo de trabajadores provenientes de realidades laborales diferentes.

En el próximo apartado se presentarán casos específicos de los profesionales médicos bajo la condición de prestadores de servicios independientes y autónomos y su encuadre jurídico en una relación de dependencia, el desarrollo de las teorías de los juristas y el análisis doctrinario previo a al análisis del funcionamiento en el sistema jurídico argentino.

En conclusión, la noción de dependencia laboral no ha sido nunca algo fácil de determinar, la justicia colapsa y encuentra zonas de poca certeza. Digo esto porque las dudas no se dan respecto del trabajador industrial a tiempo completo y con un contrato de tiempo indeterminado o duradero, el problema se plantea, insisto, en los casos fronterizos o encubiertos (trabajo autónomo o trabajo dependiente) y, es para resolver estos y no los otros que tiene que servir la noción de relación de dependencia. Es por ello, que es necesario poder distinguir entre los diferentes institutos de la dependencia, a través de un estudio minucioso, hilando fino en la determinación de un caso de

dependencia, analizando los aspectos fundamentales de cada instituto y llevándolos a la aplicabilidad del caso concreto, para así llegar a una valoración y determinación válida.

## 4. CAPITULO IV

### 4.1 Problemática particular de los Profesionales médicos. Modalidades de contratación.

En el mundo actual el profesional no es un representante de un orden superior que le delega funciones cuasi públicas. La privatización del servicio público horizontalizan la relación con el cliente.

La economía contemporánea asiste a una expansión del sector de los denominados “servicios”. No se trata solo del presente sino del futuro, ya que hay coincidencia en que los servicios constituirán la base del impulso económico. Bien dice Thurow que interesan cada vez menos los productos y cada vez más los procesos; adquieren nuevo valor económico la “habilidad”, el “conocimiento”. (Thurow, 1992)

Los servicios ocupan un amplio sector de la actividad económica, como, por ejemplo: los servicios de función pública; son públicos sean realizados por el estado o no, dentro de ellos la telefonía, electricidad, transporte público, seguridad, justicia, educación. Servicios **se** infraestructura empresaria; asistencia financiera, asesoramiento jurídico o contable, administración, auditoría, resolución de conflictos, investigación de mercados, marketing, publicidad. Y de los que en la temática nos compete encontramos los servicios profesionales: se incluyen aquí a los denominados profesionales en sentido amplio, aunque esto cambia aceleradamente, ya que muchos de estos servicios son empresarios y otros no son autónomos. Están comprendidos los servicios de artistas, escritores, pintores, constructores, ceramistas, abogados, médicos, entre otros. Dentro de la categoría de servicios para finalizar, nos ubicamos en el consumidor, generalmente son un desprendimiento de “actividad familiar”; preparación de comidas, limpieza, belleza, esparcimiento, educación. (Lorenzetti, 2016)

El objeto del contrato médico engloba un opus configurado por la promesa por parte del facultativo de desarrollar una conducta tendiente a obtener la curación de su paciente, aplicando para ello toda su capacidad técnica y humana. Existe entonces un resultado inmediato prometido (la ejecución técnica de la obra). El facultativo garantiza la eficacia del resultado inmediato porque su logro depende de un factor eminentemente subjetivo cuál es su propia capacidad y dedicación. La garantía

del éxito de la obtención del resultado mediano depende de un elemento esencialmente objetivo, conformado primordialmente por los conocimientos y recursos que proporciona la ciencia contemporánea a la ejecución de la obra.

La obligación del médico puede ser contratada *intuiti personae*, atendiendo a las condiciones personales insustituibles del profesional. En el caso en que no sea así, el profesional puede requerir la cooperación de terceros. El artículo 1254 del CCCN dice que el contratista o prestador de servicios puede valerse de terceros para ejecutar el servicio, excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso, conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución. Esa directiva se corresponde con las normas generales de los artículos 732 (para el incumplimiento del auxiliar del deudor), 776 (para las obligaciones de hacer), 881 (para el pago), 1327 (para el mandato), entre otras.

#### **4.2 Funcionamiento en el Sistema Jurídico Argentino de la prestación de servicios.**

El contrato de servicios es una “matriz jurídica”, un género del cual se desprendieron la locación de cosas, la de servicios, la de obra, el contrato de trabajo, los servicios públicos, los destinados al consumidor.

Estas regulaciones pretenden solucionar conflictos totalmente distintos.

El régimen laboral enfoca el problema entre el empleado y su empleador y no se ocupa de las relaciones entre el prestador de servicios y sus clientes. Su centro de interés es la organización del trabajo eficiente en la economía del mercado y por ello la colaboración es interna. Asimismo, la dependencia económica lato sensu justifica la creación del principio protectorio del trabajador-prestador del servicio.

El artículo 1251 del Proyecto elaborado por la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional dispone que los profesionales pueden realizar su prestación en relación de dependencia, aplicándose en este caso las normas del Derecho Laboral.

“En el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador” (Motoya, 1984, p 274)

Se sigue de ello la ajenidad de riesgos, que, al contrario de la locación son asumidos por el patrono. El empleado percibe una retribución gane o pierda el empleador en su actividad.



El trabajador “depende” de ese ingreso para su subsistencia. Por ello, aunque hay una gran variedad de remuneraciones que es posible pactar entre obreros y patrones (fijas, variables, cuotificadas, etc), lo importante es la función económica de la prestación dineraria. En el contrato laboral la obligación dineraria tiene una función retributiva que pactan las partes. Pero, además, la ley asigna, como mínimo, la función de asegurar alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión (Arts. 116, ley 20.744). De esta causa económico – social que se le asigna surge claramente el desnivel económico.

Para algunos esta enajenación de la energía de trabajo es un elemento fundamental para la calificación, sin embargo, aunque la dependencia económica es el elemento fundante del principio protectorio, no es suficiente para la tipificación. Ello es así porque hay casos en los que no se “depende” económicamente y hay vinculo laborativo.

Por esta razón se buscó un criterio más seguro en el dato jurídico. El dependiente está sometido al poder de conducción del empleador, a una dirección ajena, y en este sentido es heterónimo. Ello es así porque la prestación está encaminada a satisfacer una demanda indirecta: la clientela le llega al trabajador a través de su empleador. Por ello el empleador fija las modalidades de prestación, “dirigiendo” el servicio del dependiente. La ley 20.744 le concede expresamente en el artículo 64 ese derecho. (Lorenzetti, 2016)

Ya hemos dicho en otros apartados que la dependencia se caracteriza por ser algo más que una simple “injerencia”, ya que no se limita al objeto del encargo. Alcanza al “elemento personal”, al obrero, quien esta jurídicamente subordinado. El obrero se pone a disposición de los requerimientos del empleador. En este sentido se ha dicho que no es necesario que exista un ejercicio efectivo del poder de mando por parte del empleador; es suficiente la posibilidad jurídica de mando, ya que la dirección y la fiscalización son los dos polos de la subordinación jurídica.

El poder de dirección afecta a aquellos aspectos estructurales: el patrón puede diseñar el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, ordenar la demanda en el sentido de fijar su ritmo. El poder de dirección que dispone la misma ley de contrato de trabajo, dispone un límite, siempre debe ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

Esa función, a que hace referencia la ley en el apartado anterior, es la causa económica-social que ilumina el contrato que el empleador hace con el tercero. Esta nota es muy importante, por ejemplo, en los contratos que celebran los médicos dependientes; el poder de dirección de la clínica no puede estar en contra de la prestación médica a terceros que es la función de la empresa; no podría darle indicaciones que prioricen la rentabilidad, un número de intervenciones quirúrgicas mensuales, etcétera. (Lorenzetti, 2016, p. 499)

La violación de las ordenes que da el empleador es un incumplimiento contractual que puede dar lugar a penalidades como la suspensión disciplinaria, cuando está prevista legalmente. Cabe aclarar que el no uso del poder de dirección no invalida la existencia del vínculo dependiente, de igual manera sucede con el horario, ya que puede haber autonomía en este sentido, tampoco obsta a la relación dependiente la falta de exclusividad.

Otro elemento, es el de fiscalización, supone la facultad de un control continuo que generalmente se revela en la posibilidad de que el empleador guarde toda la documentación que registra la cantidad y la calidad de las prestaciones, pudiendo efectuar controles y auditorias. Como bien se explicó en los primeros capítulos la dependencia técnica es la posibilidad de ordenar el modo en que se realiza la prestación. Tiene su límite en la discrecionalidad técnica que se les reconoce a ciertos trabajadores. Esto último sucede cuando alguien tiene alguna competencia específica, una profesionalidad. Es claro que el medico puede decidir por sí mismo como se cura un paciente, porque para ello tiene discrecionalidad técnica. Este elemento es esencial, puede existir o no en el contrato laboral. (Lorenzetti, 2016, p 499)

El dependiente compromete un obrar, una actividad, no una obra. No es una prestación aislada y de ello deviene una prestación efectiva e infungible de Él hacia el empleador. Es esta otra característica, la de una temporalidad indeterminada (trato sucesivo), distinta de la accidental típica de la locación de obra. Ello no impide a que una prestación discontinua o sin horario fijo sea laboral, porque lo que interesa es el tracto sucesivo.

Los servicios médicos han experimentado una notable transformación, tanto en nuestro país como el resto del mundo, en el curso de las últimas décadas. De una profesión liberal por excelencia ejercida en forma casi artesanal en la que el honorario médico constituía el pago de una calificación personal, se ha evolucionado paulatinamente hacia un mercado de servicios médicos muy complejo, fragmentado en especialidades y apoyado en un vasto arsenal de tecnologías y equipos de alta

sostificación, en el que los ingresos profesionales no solo constituyen la retribución al capital humano sino que también involucran rentas al capital físico y a la tecnología incorporados al acto médico.

Confluyen en esto la aparición de nuevas especialidades, los cambios de procesos y de organización del trabajo médico que involucran en muchos casos una compleja tecnológica de coordinación y programación. En ese marco ha crecido de manera significativa el número de profesionales que se desempeña en relación de dependencia, ya sea en establecimientos públicos, en empresas médicas, en obras sociales, a la vez que el número de aquellos que prestan sus servicios en el marco de vinculaciones jurídicas de difícil encuadramiento, producto, en algunos casos, del extendido fenómeno de la tercerización.

La amplia variedad de instituciones, organismos y empresas que emplean trabajadores de salud explica que este sector exhiba una de las más vastas y complejas dispersiones normativas en materia laboral. Es creciente la preocupación por la denominada crisis del Derecho del Trabajo, expresión con la que se alude a variados fenómenos reveladores de la ineptitud de la disciplina para regular de manera eficiente las polifacéticas relaciones de trabajo en el mundo de hoy. Son cada vez más amplios los bolsones de trabajadores que carecen de protección laboral o cuyas condiciones de empleo y trabajo se han deteriorado paulatinamente.

En ese contexto de severas críticas, el de la dependencia laboral es quizás uno de los capítulos que más debates ha generado, observándose en torno a esa categoría dos tipos de dificultades: las que derivan, mas allá de su indiscutida centralidad, de su imprecisión técnica y las que se vinculan con su ineptitud para encauzar satisfactoriamente las nuevas formas de empleo.

No puede desconocerse, sin embargo, que más allá de la proliferación, durante las últimas décadas, de supuestos que no encuadran adecuada solución en esa matriz conceptual, siempre existieron relaciones de trabajo insumisas al concepto de dependencia laboral.

Es el juez quien, en definitiva, sobre la base de la descripción de un sector social real, señalará la consecuencia que le cabe en el terreno jurídico conforme a las normas que resulten aplicables. En ese marco el juez no solo se enfrenta al problema que representa la insuficiencia de la categoría de la dependencia laboral para definir la inclusión o exclusión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de un número creciente de casos, sino a otro que lo pone frente a la dificultad de su captación, de cara a los vínculos en los que los perfiles jurídico, económico y técnico de la subordinación no se presentan con la nitidez suficiente.

Esos supuestos, conocidos como fronterizos porque se ubican en los límites del trabajo dependiente y el independiente, son de algunos que desarrollaré en el próximo apartado, sobre la operación de calificación que se lleva a cabo en el ámbito de la jurisdicción.

#### **4.3 Supuestos de hecho. Soluciones Jurisprudenciales.**

Son innumerables los casos jurisprudenciales donde se cuestiona una relación de dependencia, una situación laboral desprotegida, un principio protectorio olvidado. Muchos de estos casos, sino la mayoría, están encuadrados en una zona gris de la que ya vengo hablando. El límite entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente. Es en este apartado donde busco clarificar a través de algunos supuestos de hecho lo que sucede en la justicia con la temática planteada y las variables soluciones jurisprudenciales.

##### **Despido. Relación de dependencia. Locación de servicios. Médicos. Sentencia arbitraria.**

C.S.J.N, 19-2-2015, Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires. Hospital Italiano s Despido, Fallos: 338:53

La actora (herederos de un médico anesthesiólogo que prestaba servicios profesionales en un hospital privado) inicio un juicio por despido alegando que existió una relaciona laboral. (art 23, LCT). En primera instancia se hizo lugar a la demanda y apelada la sentencia la Cámara la confirmo. La demandada dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación, motivo la queja.

El caso llega a la Corte Suprema de Justicia, la que por unanimidad, con remisión al dictamen de la procuradora fiscal, revoco el fallo porque “la presunción del artículo 23 de la LCT de la que han hecho mérito los jueces admite prueba en contrario, y en el caso no es por la índole profesional de quien realizaba el servicio, sino por la ausencia de análisis de las pruebas referidas a la forma en que se establecían los pagos y se fijaba el valor de los honorarios, que distaba de la remuneración que reciben los trabajadores en los términos de los artículos 21 y 22 de la LCT”. Desde esta óptica, cobraba especial interés para la solución del caso examinar las puntualizaciones que hizo la demandada en sus agravios ante la Alzada, en cuanto a la intervención de la entidad que nuclea a los anesthesiólogos y las condiciones en que sus integrantes deben actuar conforme al Código de Ética Profesional. Agregaba la procuradora que “la Sociedad Italiana de Beneficencia permanecía ajena al pago y a la fijación de los honorarios del anesthesiólogo, y, por el otro, el causante presto servicios por 32 años sin manifestar una disconformidad con el encuadre jurídico, lo que recién fue planteado por

sus herederos a través de la presente acción judicial”. El juez Lorenzetti, en su voto concurrente, considero que el pronunciamiento atacado prescinde de toda regla objetiva de interpretación e incurre en un claro error en la calificación jurídica del vínculo, al fallar contra la ley aplicable y las costumbres, sin explicar cuál es el criterio para decidir que es “dependiente” aquello que las partes, a través de su consentimiento entendieron como “autónomo”. Sostiene que la sentencia confunde una relación que no es dependiente con el control de prestación. Añade que “el control existe en una serie de contratos de colaboración, porque quien no puede hacer algo por sí mismo, lo delega a otro, y lo controla. En los vínculos de colaboración autónomos hay una intromisión o injerencia del titular del interés sobre quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo. Dicha injerencia es distinta de la dependencia laboral, ya que esta última no se limita al objeto del encargo pues alcanza el elemento personal, al trabajador, que esta jurídicamente subordinado”. Agrega que el dependiente está sometido al poder de dirección, se pone a disposición de sus requerimientos, a una dirección ajena, y en este sentido es heterónimo. Destaca que la presunción de trabajo no se puede basar en testimonios aislados ni en el desconocimiento del contexto en el que la prestación se desarrolló.

Entre otros casos jurisprudenciales, haré la mención de algunos y su breve sinopsis, lo que sintetiza de manera clave el reclamo de la aplicación de la presunción de la relación de dependencia laboral y los argumentos llevados a cabo teniendo como antecedente en todos los casos el Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires. Hospital Italiano s Despido, Fallos: 338:53

### **Relación de dependencia. Honorarios médicos. Locación de servicios. Despido.**

No resulta decisivo para determinar un genuino ejercicio del poder de dirección patronal, las restricciones impuestas a la actividad profesional del médico como producto de la fijación de honorarios para la atención de pacientes, del sometimiento a un cierto contralor y de la exigencia de cumplir con diversas reglas propias del ejercicio de la profesión pues, por las circunstancias del caso, dichas medidas pudieron haber sido consecuencia necesaria de la organización y funcionamiento del sistema médico asistencial en que el reclamante se había incorporado sin que por ello precisamente se altere la naturaleza autónoma de los servicios comprometidos (doctrina de Fallos:323:2314). -Voto del juez Lorenzetti-. (Mayoría: Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco). [El Dr. Lorenzetti con voto concurrente). CSJN CSJ 1468/2011 (47-C) C.1468.XLVII.RHE “Cairone, Mirta Griselda y otros c/Sociedad Argentina de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano s/despido”. 19/02/2015.- En el mismo sentido, “Pastore, Adrián c/Sociedad Argentina de Beneficencia en Buenos Aires – Hospital Italiano s/ despido” – Fallo: CSJ 843/2012 (48-P) del 19/02/2015 y “Recurso Queja N° 1 –

“De Aranoa, Fernando Eduardo c/Federación de Círculos Católicos de Obreros s/despido - CNT 004614/2010/1/RG001.- 14/7/2015.-

**Relación laboral. Profesionales del arte de curar. Presunción art. 23 LCT. Relación de dependencia.**

Si bien cuando se trata de trabajadores con conocimientos específicos del área que les compete, como en el caso de profesionales, suele faltarle fuerza a la denominada dependencia técnica -presente en otros contratos de trabajo- ello no implica en modo alguno que deba descartarse la existencia de una relación laboral, porque justamente esa capacidad de desenvolverse con independencia dentro del marco del área específica determinada por su especialidad o sus conocimientos, es uno de los extremos tenidos en cuenta por el empleador a la hora de incorporar su plantel a este tipo de profesionales. CNAT Sala V Expte N° 48.577 Sent. Def. N° 75.012 del 16/04/2013 “Bado, Cristina Noemi c/ Instituto de Investigaciones Metabólicas SA s/despido”. (Zas - Arias Gibert)

**Relación laboral. Profesiones liberales. Existencia de subordinación. Interpretación del art. 23 LCT.**

Precedente CSJN “Cairone” El texto del art. 23 LCT dice que el hecho de la prestación de servicios hará presumir la existencia de un contrato de trabajo, y, obviamente, el contrato de trabajo es definido precisamente por la nota de la dependencia (conf. art. 21 LCT). Por ende, la letra de la ley expresa de modo nítido que lo que debe presumirse es la existencia de contrato de trabajo dependiente. Además, resulta evidente que el legislador quiso, con el art. 23 LCT, quitar al trabajador la difícil carga de probar los datos fácticos de la dependencia y por eso la mandó presumir, dejando en manos del demandado la posibilidad de demostrar que el contrato no fue laboral, es decir que no hubo dependencia. Es que si se acepta la interpretación restrictiva se llega a una conclusión que roza la auto contradicción ya que, para quienes la sostienen, la presunción del art. 23 LCT se activa cuando se prueba la dependencia. Por ende, no se comparte la afirmación de la recurrente en torno a la operatividad de esa presunción, postura que no es modificada por el fallo dictado por la CSJN en autos “Cairone, Mirta G. c/Sociedad Italiana de Beneficencia” (19/2/2015) que no ha interpretado el art. 23 LCT. CNAT Sala II Expte N° 41.252/2011 Sent. Def. N° 104.918 del 12/11/2015 “Fierro, Paula Cecilia c/Centro Gallego de Buenos Aires Mutualidad Cultura y Acción Social y otros/despido” (Maza – Pirolo)

### **Relación laboral. Médico pediatra. Exclusividad no convenida.**

Que el médico haya facturado “honorarios”, que haya guardado silencio u omitido reclamos durante el transcurso de la casi treintañal relación o bien que de manera concomitante hubiese podido prestar servicios a favor de otras personas de manera independiente o realizado actividades autónomas para su propio provecho en el mismo intervalo temporal, no modifica la índole laboral del vínculo dado que la exclusividad no es una nota esencial del contrato de trabajo, mucho menos en la medicina, si no se la convino. CNAT Sala VIII Expte N° 6.569/06 Sent. Def. N° 34.501 del 10/10/2007 « Iñon, Alberto Eduardo c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ despido” (Vázquez – Catardo).En el mismo sentido, Sala VIII Expte N° 27.277/03 Sent. Def. N° 34.552 del 30/10/07 “Brandi, Andrea María c/Paramedic Emergencias Médicas S.A. s/despido” (Vázquez – Catardo)

#### **4.4 Argumentos Doctrinarios. Controversia doctrinaria a propósito del Art. 23.**

Inclinarse por una interpretación del artículo 23 de la LCT que reciba una directriz del tipo in dubio pro contrato de trabajo, incluso si se la matiza y ajusta del modo en que lo hace la jurisprudencia, supone aceptar la opción del legislador por erigir un tipo contractual dominante en el escenario multiforme de la prestación de servicios.

La norma, como está redactada, ha dado lugar a dos posiciones teóricas encontradas sobre su interpretación en orden al tipo de hechos antecedentes a partir de los cuales la presunción se erige.

Primero encontramos la tesis amplia, según la mayoría de la doctrina nacional, el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo debe interpretarse de manera literal. Donde la norma dice “hecho de la prestación de servicios” debe entenderse que remite al puro facto de una actividad personal de un sujeto en beneficio de otro, sin ningún tipo de aditamentos. (Martínez, 1981).

Se basa para ello en precedentes legales comparados de innegable influencia sobre el legislador histórico (en especial, en el artículo 3.1 de la LCT de España vigente entre 1944 y 1980) y en el sentido con que venía siendo aplicada, incluso antes de su recepción normativa.

Así, dando por sentado que el legislador ha querido con ella asignar algún beneficio procesal al trabajador demandante, no se advierte que utilidad le reportaría una presunción que, por nacer como tal, dependiera de la previa demostración de las mismas circunstancias involucradas en el hecho que viene a presumir. La tesis amplia sostiene que reducir el alcance del artículo 23 a una mera presunción de la existencia de un consentimiento contractual resulta fútil, al menos en un ordenamiento que,

como el argentino, deriva de la relación efectiva y no del negocio jurídico consensual las primeras consecuencias típicas.

Para una calificada minoría, tesis restringida, la norma debe entenderse en su contexto, es decir, como modo de sortear la distancia entre los artículos 21 y 22 de la LCT que definen respectivamente al contrato y a la relación de trabajo, diferenciando así el negocio jurídico consensual y la ejecución de sus prestaciones típicas. En tal sentido, el artículo siguiente solo vendría a aclarar que demostrada la segunda (relación) se presume su correspondencia con un acuerdo previo (contrato), como manera de relevar al trabajador de la prueba de un acuerdo de voluntades (hecho presunto) que las más de las veces ocurre de manera verbal. (López, 1980)

Pero, y aquí lo importante, el hecho antecedente no puede consistir en cualquier servicio personal para otro sino en uno que reúna en sí mismo los caracteres de la prestación típica considerada en la LCT, a saber, que se trate de hechos dirigidos por ese otro con el rango de subordinación jurídico – técnica.

La tesis restringida no ha podido superar dos objeciones. La primera es de orden lógico. En la estructura de toda presunción, como ya se dijo, esta supuesto el tránsito de un hecho conocido a un hecho desconocido que, por definición, deben ser distintos. Si en los dos extremos de la operación encontramos el mismo contenido fáctico, ella carece de sentido. El segundo problema es de orden práctico. Si la presunción actuara solo en aquellos supuestos en que los hechos facilitarían a tal punto el enlace lógico que ningún juez en su juicio podría soslayar, por obvia, la naturaleza laboral de los servicios, presentaría un rango de utilidad muy bajo.

La posición intermedia, relata los factores casuísticos, el primero de ellos es el factor del “receptor del servicio”, mientras los particulares consuman los servicios personales en satisfacción de necesidades propias, las empresas los “usan” incorporándolos a un proceso que tiene por fin último la atención de necesidades de terceros. A su vez, la presunción de dependencia no nacería de cualquier demostración genérica de tareas, sino de aquellas que, por así decirlo, encuadran en el viejo molde de la locación de servicios como obligación de medios. Por esta vía quedarían excluidos de su ámbito los supuestos de episodios aislados que constituyen, por lo común, materia de otros contratos. La conclusión práctica de esta perspectiva es que para que los actos o las obras resulten equiparables a la prestación del servicio en el sentido del artículo 23, deben darse conforme a una serie o secuencia demostrativa de dependencia económica, como ocurre en el caso de la retribución por resultado. (Perugini, 2004, p 116)



Otro de los factores desarrollados por esta teoría, es la del tiempo, como reiteración, hábito, continuidad. La prestación de servicios como una idea de habitualidad, no bastando con la demostración de episodios aislados. El artículo 23 de la LCT debe ser entendido en el sentido en que los servicios tengan una reiteración y una continuidad tal como para que nazca la presunción legal de que existió un contrato de trabajo.

Tómese en cuenta que la relación laboral es compatible con múltiples modalidades de intermitencia de las prestaciones que, en todo caso, podrán introducir alguna incertidumbre a propósito de su calificación como permanente o discontinua, por tiempo determinado o indeterminado. De suerte que, por regla, la frecuencia de la ejecución de las tareas nada dice a propósito de su naturaleza ni descarta la existencia de un contrato de trabajo. En suma, este factor carece de autonomía, solo se justifica como argumento coadyuvante del factor pertinencia. (Machado, 2005)

Otros factores que desarrolla la teoría, son los de locación, prestador de servicio, el de buena fe, el de relaciones y causas que motiven al servicio. Los distintos factores de atenuación de la posición se sintetizan en la idea de que si toda presunción supone antes que nada un enlace lógico entre hechos, y ese enlace lógico se basa en reglas de regularidad del acontecer social capaces de formar máximas de experiencia argumentativamente sustentables, el juez debe aplicarla con diferente intensidad según sea el grado de proximidad o lejanía que la especie concreta guarde con el tipo abstracto considerado en la norma.

Cabe destacar que, en este esfuerzo, una vez sincerada la verdadera naturaleza de la discusión, volvamos a incurrir en el vicio de la generalización excesiva del tipo “los fleteros siempre son dependientes” o “los médicos nunca lo son”. De lo que se trata entonces es de establecer si en el escenario de la zona gris queda plenamente restituido el imperio del *onus actori* o si, en cambio, es de este ámbito donde especialmente el artículo 23 de la LCT viene a cumplir un rol importante. (Machado, 2005)

En conclusión, los servicios médicos han ido experimentado numerables cambios en el curso de las últimas décadas. De una profesión liberal por excelencia ejercida en forma casi artesanal en la que el honorario médico constituía el pago de una calificación personal, se ha ido evolucionado paulatinamente hacia un mundo de servicios médicos muy complejo, podemos verlo en grandes clínicas o sanatorios médicos, fragmentado en numerosas especialidades médicas, con la incorporación del uso de herramientas tecnológicas, maquinarias de última generación, para una mayor precisión y atención en el marco de la salud, y en la calidad del servicio en la que los ingresos

profesionales no solo constituyen la retribución al capital humano sino que también involucran rentas al capital físico y a la tecnología incorporados al acto médico. En ese marco ha crecido de manera significativa el número de profesionales que se desempeña en relación de dependencia, ya sea en establecimientos públicos, en empresas médicas, en obras sociales, a la vez que el número de aquellos que prestan sus servicios en el marco de vinculaciones jurídicas de difícil encuadramiento, producto, en algunos casos, del extendido fenómeno de la tercerización. Por lo cual considero que no existe una regla general aplicable a todos los casos jurisprudenciales que entran en conflicto por la aplicación de una norma, sino que es necesario el análisis exhausto de cada caso en particular de todas las condiciones, y valoraciones que hoy la doctrina aporta para resolver la zona gris de la que vengo hablando a lo largo de la presente investigación y que cada solución puede aportar un importante precedente a la justicia que hoy colapsa en los conflictos de la temática planteada.

#### 4. CONCLUSIÓN.

Los argumentos que la jurisprudencia ha elegido para decidir sobre la existencia de subordinación y en consecuencia del contrato de trabajo son, en primer lugar, las condiciones clásicas de: lugar de trabajo, jornada, horario y retribución. Así, se ha considerado que, si el profesional atiende en los consultorios, utilizando infraestructura de la institución, ambiente físico de una empresa cuya finalidad es proveer servicios médicos asistenciales, cabía concluir que el médico había trabajado en relación de dependencia. Sin embargo, luego de concluida la presente investigación, tomando los parámetros del avance y que las condiciones del ejercicio de la medicina en nuestro país han ido cambiando en los últimos años, fenómeno que como ya se explicó, se llevó a cabo por la inserción de medios tecnológicos lo que hizo que surgieran grandes organismos corporativos especializados dedicados a prestar servicios de salud, y como consecuencia se haya desplazado figuras como la del “médico de cabecera” reemplazándolo por la presencia del profesional que atiende a sus pacientes como integrante personal de una empresa dedicada a la prestación de servicios médicos, podemos decir que no necesariamente todos los casos encuadran en una relación de dependencia.

El problema surge con los numerosos casos que llegan a la justicia, en miras de la aplicación de la presunción del artículo 23 de la Ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo), reclamando una relación de dependencia, una relación laboral, regulada por la ley especial. Identificar si una relación es laboral o no. Si es dependiente o independiente (autónoma).

En la situación especial de los médicos, la naturaleza del vínculo existente entre el profesional médico y el establecimiento asistencial en el que presta servicios depende de las circunstancias fácticas que en cada caso concurren y será aplicable una u otra solución.

De todas maneras, existen parámetros que pueden ayudar a determinar la aplicabilidad o no de la presunción. La posibilidad del médico de elegir a sus pacientes, o negarse a atender a algunos, la posibilidad del profesional de facturar sus honorarios a sus pacientes en forma independiente, de forma esporádica y no exclusiva, entre otros factores, podrían determinar una relación no laboral. Por su parte, la dedicación full time, la dirección, subordinación, autoridad, entre otros podrían determinar una relación laboral dependiente. Insisto, uso el término “podría” ya que dependerá en cada caso la solución aplicable y es en esta investigación donde se puede ver con claridad el abanico de soluciones posibles.

Por lo cual, considero que en consecuencia a la regulación del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo sobre la presunción de la relación de dependencia y la aplicabilidad de esta norma será una mera cuestión de análisis del caso concreto. Se deben estudiar las variables que los institutos proponen para encuadrar el caso en una u otra solución. Por lo cual, insisto, considero que no existe una regla general, o un principio general aplicable a todos los casos jurisprudenciales que entran en conflicto

por la aplicación de una norma, sino que es necesario el análisis exhausto de cada caso en particular de todas las condiciones, y valoraciones que hoy la doctrina aporta para resolver la zona de incertidumbre o zona “gris” de la que vengo hablando a lo largo de la presente investigación y que cada solución jurisprudencial aporta un importante precedente a la justicia que hoy colapsa en los conflictos que cada vez son mayores referidos de la temática planteada.

## **6. LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA.**

### **LEGISLACIÓN.**

- Ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo)
- Constitución Nacional de La Republica Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.

### **DOCTRINA.**

- ACKERMAN, M E (2014). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- ALONSO OLEA, M (1981), *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4 de., Edersa, Madrid.
- GARCIA MARTINEZ, R. (1981). *La Relación de Dependencia en la LCT*. SANTA FE: Rubinzal – Culzoni
- LOPEZ, J, CENTENO, D, FERNANDEZ MADRID, JC (1977) *Ley de Contrato de Trabajo comentada*. Buenos Aires.
- LORENZETTI, R.L. *Responsabilidad Civil de los Medicos*. Tomo I. (2016). Buenos Aires.
- MACHADO, J. D (2005). *La presunción del Artículo 23 de la LCT: Ni tanto ni tan poco*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- MACHADO, J. D. VAZQUEZ, A. y OJEDA, R. (2005). *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y concordada*. SANTA FE: Rubinzal – Culzoni.
- MANCINI RODRIGUEZ, J. (2005). *Notas de la dependencia Laboral*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- MARTINEZ ZORRILLA, D (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- PALOMEQUE LOPEZ, M. *El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo*. Relaciones Laborales. (2000). Buenos Aires.
- PERUGINI, A. *Relacion de dependencia*. (2004). Buenos Aires.
- SECO, R.F (2005) *Contratación de profesionales. Notas de Relación de Dependencia*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- VAZQUEZ VIALARD, A. (1981). *Tratado de Derecho de Trabajo*. Buenos Aires: Astrea.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADO



**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Ana Laura Juncos
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	35.573.397
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	LA PRESUNCIÓN DE LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA EN SUPUESTOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES MÉDICOS EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	analau43@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar Fecha:** Córdoba 1 de abril de 2017.-

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

ANA LAURA JUNCOS  
\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:  
\_\_\_\_\_ certifique que la tesis adjunta es la  
aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
**Firma Autoridad**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración Autoridad**

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.