



Omar Tuvi Helguera 

Los casos difíciles de relación de dependencia según la dogmática y la jurisprudencia del tribunal de lo contencioso administrativo

Difficult cases of dependency relationship according to the dogmatics and the jurisprudence of the contentious administrative court

Casos difíceis de relação de dependência segundo a dogmática e jurisprudência do tribunal administrativo contencioso

 Dr. en Derecho y Ciencias Sociales y Docente Asistente de Derecho Financiero (i), Facultad de Derecho (UDELAR).
ORCID: 0000-0002-9805-1054
 justinianotuvi@adinet.com.uy

Resumen: Al analizar la existencia de relación de dependencia a los efectos de la tributación por contribuciones especiales de seguridad social, existen casos difíciles, en los que se observa cierta falta de correspondencia entre las formas jurídicas adoptadas por los particulares y la realidad económica subyacente.

Respecto a los profesionales universitarios, el art. 105 de la Ley 18.083 establece que no habrá relación de dependencia “cuando así lo determine la libre voluntad de las partes”. A nuestro entender, la realidad social indica que en la enorme mayoría de los casos, cuando el profesional es contratado por una empresa prestadora de servicios profesionales, no se encuentra efectivamente en igualdad de condiciones para negociar el carácter de dependiente o no dependiente de su actividad, por lo que si se cumplen las condiciones generales para ser considerado dependiente, así debería ser tratado desde el punto de vista legal, so pena de afectar el principio de igualdad.

Del estudio de la jurisprudencia del TCA, surge que en los casos difíciles, se realiza una cuidadosa ponderación de los variados índices de subordinación aplicables al caso; no obstante lo cual, existen algunos que poseen un mayor peso relativo, que serán analizados en el

presente trabajo.

Palabras clave: *dependencia laboral, profesionales universitarios, principio de la realidad, presunciones legales, casos difíciles.*

Abstract: *When analyzing the existence of a dependency relationship for the purposes of taxation for special social security contributions, there are difficult cases, in which a certain lack of correspondence is observed between the legal forms adopted by individuals and the underlying economic reality.*

Regarding university professionals, art. 105 of Law 18.083 establishes that there will be no dependency relationship "when the free will of the parties so determines." In our understanding, the social reality indicates that in the vast majority of cases, when the professional is hired by a company that provides professional services, they are not effectively on equal terms to negotiate the status of dependent or not dependent on their activity, so if in the same general conditions for a dependent are met and should be treated from the legal point of view, under penalty of affecting the principle of equality.

From the study of the jurisprudence of the Contentious Administrative Court, it appears that in difficult cases, there is a delicate weighting of the various subordination indices applicable to the case, however, there are some that have a greater relative weight, which will be analyzed in this paper.

Keywords: *work dependency, university professionals, reality principle, legal presumptions, difficult cases.*

Resumo: *Ao analisar a existência de uma relação de dependência para efeitos da tributação das contribuições especiais de segurança social, encontram-se casos difíceis, em que se verifica uma certa falta de correspondência entre as formas jurídicas adotadas pelos particulares e a realidade económica subjacente.*

Em relação aos profissionais universitários, o art. 105 da Lei 18.083 estabelece que não haverá relação de dependência "quando a vontade das partes assim o determinar". No nosso entendimento, a realidade social indica que na grande maioria dos casos, quando o profissional é contratado por empresa prestadora de serviços profissionais, não se encontra efetivamente em igualdade de condições para negociar a condição de dependente ou não dependente da sua atividade, pelo que se nas mesmas condições gerais para um dependente estiverem reunidas e devendo ser tratadas do ponto de vista jurídico, sob pena de afetar o princípio da igualdade.

Do estudo da jurisprudência do Tribunal Administrativo Contencioso, verifica-se que em casos difíceis, existe uma ponderação delicada dos diversos índices de subordinação aplicáveis ao caso, no entanto, existem alguns que têm um peso relativo maior, que serão analisados neste papel.

Palavras-chave: *dependencia do trabalho, profissionais universitarios, princípio de realidade, presuncoes legais, casos difíceis.*

Recibido: 31/05/2021

Aceptado: 02/09/2022

I. Concepto de trabajador dependiente y no dependiente

El elemento caracterizante del concepto de trabajador, según Américo Plá Rodríguez, es que en sentido económico-social, vive habitualmente de su trabajo (Plá, 2000, 101-102).

Este autor afirma que cuando la Ley usa la palabra trabajador, la emplea en el sentido de trabajador dependiente, ya que cuando quiere utilizar otro alcance –más amplio o restringido– debe agregarle otro calificativo.

Agrega que el trabajador tiene que ser necesariamente una persona física, y que su compromiso “*es de carácter estrictamente personal*”. La obligación que contrae el trabajador no es fungible, no puede ser satisfecha por otro sujeto, ya que es *intuitu personae*.

La actividad del trabajador puede tener por objeto cualquier clase de servicios, manual o intelectual, ligados a la actividad económica o de cualquier otra índole como cultural, artística, deportiva, gremial, etc.

Otra característica a destacar es que no es necesaria la exclusividad, un trabajador puede prestar servicios contemporáneos para varios empleadores.

Oscar ERMIDA URIARTE expresa que la seguridad social que nació refiriéndose al trabajador dependiente, ha ampliado su ámbito de actuación más rápidamente que el derecho laboral, categorizando al trabajador independiente en aras del principio de universalidad subjetiva (Ermida, 1983, 6-7).

Similar criterio es sostenido por Julio RAMOS OLIVERA quien sostiene que del Derecho de la Seguridad Social, se ocupa de toda la población, y por tanto, debe categorizar tanto el trabajo subordinado como las demás formas de actividad (Ramos Olivera, 2000,25).

BARRETO GHIONE refiere a que BRONSTEIN expresa que la OIT ha señalado el fenómeno de “*desenfoque*” de la relación de trabajo ya que la misma apunta a una dirección, pero los trabajadores que necesitan protección se encuentran en otra. Este último autor plantea como alternativa la creación de una nueva categoría de trabajadores (parasubordinados, en alguna legislación), extremar los elementos que tipifican la relación de trabajo para delimitar mejor esas zonas “*grises*” o directamente equiparar la dependencia económica y la subordinación jurídica (Barreto Ghione, 2007, 87).

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y ERMIDA URIARTE expresan que en los últimos años ha crecido la fuga o emigración del Derecho del Trabajo, escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo y que tiene como efecto colocar al trabajador fuera del ámbito de aplicación del derecho del trabajo subcontratación, externalización, descentralización y deslaboralización de la relación de trabajo (Hernández Álvarez, 2008, 1522).

Agregan estos autores que son cada vez más frecuentes las tercerizaciones contractuales o desarticulaciones organizacionales, muchas de las cuales apuntan a colocar al trabajador real o ficticiamente fuera de la organización. Debido a ello, el criterio de la inserción no es particularmente hábil para solucionar los nuevos fenómenos. La razón histórica de la tutela laboral fue, sin duda, la desventaja económico-social y por ende negociadora del trabajador frente a su empleador, entienden casi natural volver al criterio de la dependencia económica cuando sus manifestaciones jurídicas no son tan confiables.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y ERMIDA expresan que en la doctrina y jurisprudencia italiana se ha desarrollado en concepto de “*parasubordinación*”, no como un criterio sustitutivo de la subordinación, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren ser tuteladas por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa en condiciones que evidencian una debilidad contractual de la parte que presta el trabajo.

Los mismos recuerdan que la Constitución uruguaya dispone la protección especial del trabajo, de todo trabajo, y no sólo del trabajo subordinado, lo que supone buscar la elevación de la protección del trabajo autónomo, sin dejar de considerar las diferencias que puedan justificar un tratamiento diverso.

Afirman que la determinación de la subordinación no debería apoyarse exclusivamente en hechos como la obligación de cumplir horarios establecidos previamente.

te y prestar servicios en la sede de la empresa, atendiendo a las órdenes de los supervisores. Un nuevo criterio para definir la subordinación debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado en el exterior de la sede física de la empresa.

Como conclusiones, dichos autores destacan la validez de la subordinación como criterio de la tutela laboral clásica, pero a condición de que la misma sea interpretada “*con amplitud agresividad y creatividad, de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga*”.

La segunda conclusión a la que llegan es acerca del interés de las propuestas de la extensión de la tutela laboral a los trabajadores auténticamente autónomos e independientes pero necesitados de ciertas garantías. Lo que no podría consistir en trasladar mecánicamente y masivamente los institutos del derecho individual del trabajo, sino que debería apoyarse en el derecho colectivo del trabajo y en la seguridad social.

ERMIDA afirma que los elementos típicos del contrato de trabajo, donde se aplica el derecho laboral, son: actividad personal, onerosidad, durabilidad y subordinación.

Este último, sería el elemento distintivo esencial del contrato de trabajo frente a otros contratos como el arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra, mandato o sociedad.

Señala que en el ámbito jurídico laboral, se han indicado cuatro formas de subordinación: i) técnica, que supone la dirección efectiva de las tareas por el empleador que indica cómo deben cumplirse y controla su ejecución, ii) económica, ya que el trabajador tiene en su trabajo su única o principal fuente de ingresos. A este criterio se le ha criticado que es una circunstancia de hecho, es una descripción sociológica pero no jurídica, iii) social, que referiría a que el trabajador tiene una dependencia social del empleador – pasible de la misma crítica que la dependencia económica–, y iv) jurídica que consiste en la posibilidad de que el empleador imprima, cuando lo crea necesario o conveniente, una cierta dirección a la actividad del trabajador. En la actualidad, la subordinación jurídica es considerada por la doctrina y la jurisprudencia como la verdaderamente caracterizante de la relación de trabajo.

ERMIDA URIARTE afirma que los elementos caracterizantes de la subordinación jurídica son:

a) es una facultad que el empleador puede ejercer o no, no necesita concretarse efectivamente.

b) no tiene por qué ejercerse personalmente por el empleador sino que puede ser realizada por sus representantes laborales; gerentes, jefes, capataces, etc

c) sus grados son muy variados en función de múltiples factores como la jerarquía del trabajador, la índole de las tareas, la estructura de la empresa, el lugar de trabajo, etc.

PÉREZ DEL CASTILLO afirma que hay mil formas posibles de imaginar vinculaciones que no encuadran en el modelo clásico de relación laboral y que no es difícil de imaginar que quedan muchas zonas grises (Pérez del Castillo, 2010, 148).

BUENO MAGANO, señala que *“el trabajador autónomo es la persona física que ejerce habitualmente y por cuenta propia una determinada actividad económica”*.

ERMIDA refiere a que son ejemplos típicos de trabajadores independientes, el electricista al que se le encarga realizar una reparación, el pintor que se le contrata a efectos de pintar una casa, el carpintero que se le solicita arreglar un mueble, el albañil que es contratado para reparar una azotea.

RASO expresa que las diferentes definiciones de “subordinación” coinciden con la idea en que consiste en la facultad que tiene el empleador de ordenar, dirigir y organizar la tarea del trabajador, obligándole a obedecer sus instrucciones.

Este autor, luego de un examen de la jurisprudencia del período 1994 a 2007, concluye que la misma en forma consistente coincide en que la subordinación es el elemento que define la existencia del contrato de trabajo, si bien en caso de dudas, existen otros elementos coadyuvantes para determinar dicho extremo. (Raso, 2009, 71)

Agrega que actualmente hay nuevas formas de trabajo, lo que supone que deba de romperse la lógica binaria del trabajador como dependiente o independiente, frente a cuestiones complejas no son razonables las contestaciones simples (Raso, 2010, 121).

RIVAS expresa que el trabajo autónomo no excluye que se coordinen las modalidades, el tiempo y el lugar de ejecución del trabajo, eventualmente su disponibilidad cuando el comitente solicite el cumplimiento de la prestación. Se trata de una

coordinación espacio-temporal de la prestación laboral de carácter activo, a diferencia del trabajo subordinado donde del trabajador tiene un carácter pasivo, pues la misma corresponde al empleador (Rivas, 2000, 240).

Este autor afirma que para verificar si la relación jurídica es de trabajo subordinado o no, se debe identificar la causa perseguida por las partes mediante la determinación del contrato. La atención puesta en las condiciones de ejecución del trabajo, no implica desconocer la voluntad contractual de las partes sino que es una forma de resolver la discordancia entre lo que surge de los documentos y la realidad, dándole preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos.

RAMOS OLIVERA, señala que el “trabajador no dependiente” que mencionan las normas de seguridad social, muchas veces tiene personal asalariado y dependiente trabajando para él. En esta situación, desde el punto de vista jurídico-laboral, no estaremos frente a un trabajador propiamente dicho, sino frente a un empleador, en tanto es dador de trabajo a otros.

Cuando desde el punto de vista de la realidad económica, se analizan las prestaciones realizadas por los trabajadores que formalmente se categorizan como no dependientes o unipersonales, es posible distinguir tres grandes zonas: una claramente no dependiente, otra nítidamente dependiente y una zona intermedia fronteriza entre las anteriores (zona gris).

En esta última se observa, como señala César PÉREZ NOVARO, cierta falta de correspondencia entre las formas jurídicas adoptadas por los particulares y la realidad económica subyacente (Pérez Novaro, 1996, 124-125).

Como expresa este autor, en la práctica se constata que en diversos casos si bien formalmente nos encontramos con dos empresas independientes que contratan entre sí, se produce un abuso de las formas jurídicas a efectos de esconder una relación de dependencia real con el propósito de abonar tributos en menor cantidad.

Cabe destacarse que dicha situación en materia tributaria se encuentra prevista en el inc. 2 del artículo 6 del Código Tributario que establece la aplicación del denominado “principio de la realidad”. Este supone que las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete (salvo que el hecho generador hubiera sido definido atendiendo a la forma), debiéndose atribuir a las situaciones una significación acorde con los hechos.

Los casos abarcados por esa zona gris entre la dependencia y la no dependencia han aumentado en los últimos tiempos porque las organizaciones empresariales modernas suelen buscar, además de los menores costos tributarios, el máximo de flexibilidad para adecuarse de mejor manera a los impactos que operan en los mercados y obtener mayor lucro.

Una de las más usuales formas de flexibilización operativa en el ámbito de las empresas es la “tercerización” que implica que ciertas áreas de las empresas que antes eran cubiertas por trabajadores dependientes pasan a ser atendidas por terceros mediante contratos comerciales. Tal situación se plantea en nuestro país en los servicios de limpieza, transporte, vigilancia, reparto, venta, etc., e incluso en la propia órbita del Estado.

El problema se plantea cuando las empresas unipersonales utilizadas no están ajenas a la subordinación jurídica laboral y no responden a una realidad económico-empresarial sino que son usadas como un mecanismo de tipo elusivo a la responsabilidad laboral y tributario-previsional.

II. Antecedentes normativos y regulación por la ley 16.713

El Decreto 290/982, en su artículo 6° refiere a que están comprendidos en el régimen de trabajadores no dependientes todas las personas físicas que por sí solas, conjunta o alternativamente con otras, asociadas o no, ejerzan una actividad lucrativa no dependiente.

El art. 9° de este Decreto, establece que la aportación de los trabajadores no dependientes, se establecerá de acuerdo a determinadas categorías de sueldos fictos.

Durante la vigencia de este Decreto, en un importante número de casos, el BPS entendió que las relaciones contractuales entre las empresas unipersonales y otras empresas eran relaciones de subordinación laboral encubiertas, correspondiendo aportarse por el régimen de los trabajadores dependientes.

Dicha situación generó incertidumbre en cuanto al alcance del régimen normativo a aplicarse, lo que propició el dictado del Decreto 43/995. Este último expresamente señala como uno de sus objetivos, el dar seguridad jurídica a los agentes económicos y a los contribuyentes.

La legalidad de la regulación de esta materia por los Decretos antes mencionados fue cuestionada, razón por la cual, sus promotores buscaron la consagración a nivel de Ley de sus disposiciones y el otorgamiento de mayor seguridad jurídica. Dichos objetivos, se obtuvieron a través de lo finalmente dispuesto por el art. 178 de la Ley 16.713.

En el art. 178 de la Ley 16.713, se establecían las reglas que regían a las empresas unipersonales respecto a las contribuciones de seguridad social.

Dicha norma disponía en su primer numeral que la actividad de las mismas estaba gravada de acuerdo a los sueldos fictos previstos en dicho capítulo, sin perjuicio de las situaciones de hecho en que sean aplicables los numerales 4 y 5 de este artículo.

A continuación este artículo expresaba que: “2) *No constituyen materia gravada las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales, toda vez que consten por escrito claramente delimitadas por obligaciones de las partes y la ausencia de relación de dependencia, y que la misma cumpla, además, con las obligaciones tributarias, particularmente con la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la Dirección General Impositiva.*

3) *Dichos contratos deberán ser registrados ante el Banco de Previsión Social, en la forma que indique la reglamentación.*

4) *El Banco de Previsión Social podrá formular, de manera fundada, observaciones a dichos contratos, cuando entienda que los mismos implican una clara relación de dependencia encubierta, en cuyo caso la materia gravada estará constituida por las retribuciones percibidas por concepto de servicios prestados. En tales casos, la obligación de pago de las contribuciones especiales de seguridad social existirá a partir del primer día del mes siguiente al de la notificación, sin perjuicio de los recursos administrativos que pudieran corresponder.*

5) *Las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales constituirán materia gravada, en caso de que no exista contrato escrito o de que el mismo no haya sido debidamente registrado, y siempre que la Administración compruebe que la relación contractual ha sido establecida con la finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social.*

Se presumirá que no existe finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social cuando se trate de empresas unipersonales formadas por

ex trabajadores de la co-contratante, cuando la relación contractual sea consecuencia de una reestructura de ésta, acordada con su personal”.

El régimen legal establecido por este artículo tiene como base la existencia de un contrato escrito con la unipersonal y registrado ante el BPS. Este último podía observar el contrato si implicaba “*una clara relación de dependencia encubierta*”, debiendo la Administración comprobar que la relación contractual ha sido establecida con la finalidad de evitar el pago de las contribuciones especiales de seguridad social.

Dichas disposiciones ponían la carga de la prueba en la Administración, haciendo la misma más difícil, ya que no podía observar los contratos registrados si no existía una clara o nítida dependencia encubierta.

Además para establecer la materia gravada, el BPS se veía ante la seria dificultad de comprobar que la finalidad de las partes era evitar el pago de las contribuciones, aspecto que, como sucede en todas las ramas del derecho, no es fácil de constatar.

El régimen establecido por esta norma fue criticado por Grzetich señalando que en la práctica fomentaría la proliferación de contratos que encubran vinculaciones de dependencia y que aún empresas cumplidoras iban a tener que recurrir a estos mecanismos para lograr una igualación de las cargas tributarias (Grzetich, 1996, 536-537).

El art. 51 del Decreto reglamentario N° 113/996 establecía: “*En el caso en que el Banco de Previsión Social compruebe a través de sus servicios inspectivos, que la relación contractual ha sido establecida con la finalidad principal de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social, o que exista dependencia encubierta, las retribuciones generadas por concepto de servicios prestados por dichas empresas unipersonales, constituirán materia gravada a todos los efectos.*

En dicha situación, la obligación de pago de contribuciones especiales de seguridad social, se generará desde el día siguiente al de la notificación que el Banco de Previsión Social realice”.

Lo dispuesto por este artículo debía entenderse –de acuerdo a lo establecido por la Ley– como referido únicamente a las hipótesis de inspecciones cuando existan contratos registrados. Si no fuera así y se detectaba una clara relación de dependencia o finalidad de evasión, se debían pagar las contribuciones con multas y recargos.

Tanto si se observaban los contratos registrados como si se verificaba en inspecciones que la realidad contradecía lo establecido en los mismos, se adeudaban las contribuciones sólo hacia el futuro.

III. El art. 1 de la Ley 18.783 de 19/VII/2011

En el informe de la mayoría de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados, redactada por Luis Puig e integrada además por Raúl Olivera y Martín Tierno, se recoge expresamente la opinión del Dr. Rosembaum quien señalara que el art. 178 de la Ley 16.713 “... *A los ojos de la ley, esa empresa unipersonal, ese trabajador aparece como un trabajador en pie de igualdad, que casi nunca es alcanzado por los convenios colectivos o los laudos, que no recibe beneficios laborales, aguinaldo, licencias, salario vacacional, etc., que no dispone libremente de su tiempo ni tampoco de sus decisiones, aún técnicas, por lo cual, por el túnel de las empresas unipersonales se ha producido la fuga de trabajadores auténticos del ámbito del derecho del trabajo hacia las relaciones civiles y comerciales, aflojándose, flexibilizándose o abatiéndose, desregulándose la protección laboral para importantes contingentes de personas que forman parte del mundo del trabajo y también son prestadores de trabajo*”.

Dicho informe además fundamentó la derogación del art. 178 de la Ley 16.713 en la Recomendación N° 198 de la OIT respecto a relaciones de trabajo sanas y en la transparencia tributaria.

En la Recomendación N.º 198 de la OIT se establece que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador sin perjuicio de arreglos contractuales o convenios entre las partes.

Para facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo se recomienda admitir una amplia variedad de medios, consagrar una presunción legal de existencia de relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios y determinar previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, que trabajadores o que sectores y con que características deben ser considerados como trabajadores asalariados o independientes.

Entre los indicios de relación de trabajo, en dicha Recomendación se dispone que pueden ser: a) que el trabajo se realiza según las instrucciones y control de otra

persona, integración del trabajador en la organización de la empresa, que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona, que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador en un horario determinado o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo, que el trabajo es de cierta duración y continuidad, suministro de maquinaria y herramientas por quien requiere el trabajo y b) que se paga una remuneración periódica al trabajador, que esta es la única o principal fuente de ingresos del trabajador, que incluye pagos en especie como alimentación, vivienda y transporte u otros, que se reconocen derechos como el descanso semanal y vacaciones anuales, que el empleador paga los viajes que ha de emprender el trabajador y que no existen riesgos financieros para el trabajador.

En definitiva, por el art. 1 de la Ley 18.783 se dispuso la derogación del art. 178 de la Ley 16.713.

IV. Situación de los profesionales universitarios

Al respecto, BARBAGELATA afirma que en las zonas grises entre la actividad independiente o dependiente de éstos, debe tomarse en cuenta: a) la independencia económica que otorga una calificación de alto nivel, b) la forma compleja como se integra la remuneración y sus variaciones, c) la proximidad a los centros de poder de las organizaciones que caracteriza a los técnicos que proveen asesoramiento (Barbagelata, 2004, 143).

El ejercicio liberal de la profesión, para BARBAGELATA supone: a) inexistencia de vínculos estables para la prestación de servicios profesionales, la relación cesa al concluirse el acto profesional, b) libertad para aceptar o rechazar la intervención en otros casos aún de la clientela habitual y c) actuación desde su propia oficina, escritorio, en lugares elegidos por el profesional sin perjuicio de actuaciones externas que deban cumplirse.

El artículo 161 de la Ley 16.713, establece que constituyen materia gravada las retribuciones de los profesionales universitarios cuando exista una relación de dependencia laboral, no siendo relevante la circunstancia de percibir honorarios en forma regular y permanente.

Dicho artículo agrega que se presumirá que no existe relación de dependencia cuando el profesional universitario cumpla con las obligaciones impositivas y efectúe los aportes correspondientes a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios.

Respecto al alcance de esta última presunción, se ha entendido doctrinariamente (PEREZ NOVARO, RAMOS OLIVERA) que la misma es relativa, tratándose de una presunción simple que admite prueba en contrario.

La hipótesis del profesional universitario que tiene un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, es regulada por el art. 162 de la Ley 16.713. Dicha norma establece, que tal situación no constituye materia gravada, toda vez que conste por escrito la delimitación de las obligaciones de las partes así como la ausencia de la relación de dependencia –siempre que el profesional cumpla con las obligaciones impositivas y aporte a la Caja de Jubilaciones de Profesionales Universitarios.

Con relación al alcance de esta última presunción, PEREZ NOVARO expresa que es una cuestión sumamente opinable. Como argumentos a favor de que es una presunción simple señala que el legislador ha tenido en cuenta la realidad y que el art. 149 de esta Ley recoge el principio de la verdad material de los hechos. Pero también existen elementos de juicio para opinar que es una presunción absoluta ya que ello surge del análisis literal de la norma (“*no constituyen materia gravada*”), que en esta Ley cuando se quiso reservar la posibilidad de prueba en contrario, se lo hizo expresamente y que de la historia fidedigna de la sanción de la misma surge que en la Comisión del Senado no prosperó la iniciativa de unificar esta norma con la anterior –lo que puede interpretarse como que no se quiso que la Administración analizara los indicios existentes contra lo expresado en el contrato. (Pérez Novaro, 1996, 128-129)

RAMOS OLIVERA afirma que en muchos casos, hay profesionales universitarios que cumplen tareas en relación de dependencia con una empresa pero además ejercen su profesión de manera liberal y autónoma. Por su actividad independiente deben tributar a la Caja de Jubilaciones de Profesionales Universitarios, pero si paralelamente tienen dependencia laboral de una empresa, deberán aportar también al BPS (Ramos Olivera, 2000,93-94).

No obstante ello, entiende que es una presunción más fuerte o intensa que la establecida en el inc. 1 del art. 161 de la Ley 16.713, la Administración deberá tener pruebas contundentes en ese sentido.

V. Índices para diferenciar el trabajador dependiente y no dependiente

De acuerdo a lo señalado previamente, los principales instrumentos para diferenciar al trabajador dependiente de las demás figuras son la subordinación (particularmente la subordinación jurídica) y los otros elementos típicos del contrato de trabajo.

No obstante ello, como señala ERMIDA URIARTE, frecuentemente estos instrumentos son insuficientes en el caso de las denominadas “zonas grises”, y por lo tanto se debe acudir a otros índices (Ermida Uriarte, 1983, 133).

Este autor, afirma que cuando la subordinación no es clara, los índices a utilizarse son: “a) el cumplimiento –o no– de horario; b) el lugar de prestación del trabajo; c) el tipo de remuneración; d) el suministro de materiales por el empleador, e) la ausencia de asalariados dependientes del trabajador, f) la posibilidad de la elección de la tarea; g) la duración de la vinculación; h) la existencia de exclusividad; i) la relación con terceros (el trabajador independiente contrata directa y libremente, colocando sus productos o servicios directamente en el mercado); j) la participación en los riesgos de la explotación. ...Del conjunto de presunciones (positivas y negativas) resulta la realidad de la situación”.

Por su parte, César PÉREZ NOVARO, señala que de la mayor o menor subordinación jurídica que la empresa unipersonal tenga respecto a la empresa principal, dependerá el encuadramiento de la situación en un arrendamiento de servicios o, por el contrario, como una relación laboral (Pérez Novaro, 1996,133).

Este autor afirma que se deben analizar ciertos aspectos subjetivos de los integrantes de las empresas unipersonales a los efectos de verificar si son efectivamente tales. Ellos son: i) la extensión y frecuencia del horario trabajado, ii) su grado de formación, su currículum anterior o por el contrario la ausencia del mismo, iii) la edad y experiencia laboral anterior, iv) el procedimiento inicial de contacto o conocimiento entre la empresa denominada principal y la unipersonal, v) el tipo de actividad de la empresa principal y la unipersonal, vi) la existencia o no de una relación “intuitu personae”, vii) la verificación de un propósito de negocios, para que la principal eligiera la forma jurídica adoptada por razones diversas a la economía del pago de las contribuciones patronales, analizando los elementos objetivos y subjetivos para determinar la verdadera intención de los contratantes. Si este propósito de negocios no existiera, sería adecuado que el BPS aplicara el principio de la realidad para hacer caer la forma inadecuadamente utilizada.

Juan RASO DELGUE, por su parte ha realizado un detallado análisis de la jurisprudencia e identifica los siguientes factores: 1) la forma de pago de la retribución, 2) la fijación del horario y/o la jornada de trabajo, 3) el pago de beneficios laborales, 4) la fijación de aumentos salariales según criterios de la actividad subordinada, 5) el hecho de prestar funciones en locales de la empresa, 6) el control de horario y el marcado de tarjeta, 7) la condición de estar a la orden, 8) la exclusividad en la prestación para un único empleador, 9) la no asunción de riesgos, 10) la aplicación de sanciones, y 11) el hecho que la documentación del vínculo esté en la empresa (Raso, 2009, 71).

A continuación reseña los indicadores que excluyen la subordinación –haciendo la salvedad que nunca un solo elemento por sí solo es excluyente de la subordinación: 1) inexistencia de contraprestación de tipo salarial, 2) no reclamación durante un extenso período de beneficios laborales, 3) afiliación durante largo tiempo como empresa independiente, 4) desempeño contemporáneo de otro trabajo, 5) facturación del IVA, 6) no inclusión de determinado tipo de tareas en un convenio colectivo, 7) falta de órdenes para la realización de tareas, 8) el no cumplimiento de horarios, 9) tener vehículo y hacerse cargo de los gastos del mismo cuando el vehículo es utilizado a los efectos de cumplir el trabajo, 10) compartir consumos de la empresa, y 11) no entregar herramientas al trabajador.

PÉREZ DEL CASTILLO sostiene que la jurisprudencia del TCA ha determinado la existencia de relación de dependencia laboral en base a criterios que coinciden con los usados por el resto de la jurisprudencia (Pérez del Castillo, 2010, 148). Enumera las siguientes pautas:

- a) la empresa unipersonal presta los servicios en el local de la empresa contratante,
- b) cumple un horario fijo
- c) integra la estructura jerárquica de la empresa contratante
- d) utiliza los instrumentos de trabajo propios de la empresaria
- e) percibe, además de la remuneración por los servicios prestados, partidas equivalentes al aguinaldo y salario vacacional

- f) facturan en exclusividad para la empresa contratantes
- g) trabajan “full time” para dicha empresa
- h) reciben directivas sobre la forma en que deben prestar sus servicios,
- i) no posee personal dependiente.

Dicho autor agrega que se han usado otros criterios: control o supervisión de otras personas, marca de tarjeta de control, inserción de la persona en la organización empresarial, durabilidad o estabilidad en el tiempo de los servicios, cobro de salario vacacional o aguinaldo, goce de licencia o descanso análogo, número de horas comprometidas contractualmente (tantas por semana o por mes), sitio donde se desempeña el servicio: en sede de la empresa contratante –lo que cambiaría si fuera en lugar propio, contrato escrito de arrendamiento de servicios, incidencia del riesgo sobre la retribución de la unipersonal, ajuste de retribuciones en la oportunidad y porcentajes que los empleados comunes, retribución fija o variable en función de resultados, cantidad de trabajo, porcentajes de facturación y antigüedad en el cargo.

De la mera lectura de los índices propuestos por ERMIDA, PÉREZ NOVARO, RASO y PÉREZ DEL CASTILLO surge que hay elementos comunes entre la lista propuesta por cada uno de ellos, pero también hay diversos elementos presentes en algunas listas que no son recogidos en las de los demás autores.

En definitiva, consideramos que todos los índices mencionados por estos autores pueden ser de utilidad para determinar si la empresa formalmente unipersonal efectivamente es tal.

De hecho, como veremos posteriormente al analizar la jurisprudencia, la misma ante casos concretos y según sus propias y específicas circunstancias de éstos, echa mano a unos índices u otros a efectos de apreciar de mejor manera y en forma global la realidad existente.

VI. El art. 105 de la ley 18.083 y los profesionales universitarios

El art. 105 de la Ley 18.083 dispuso que *“Cuando la relación del profesional universitario sea con personas físicas o jurídicas cuya actividad sea la de prestadores de servicios personales profesionales universitarios, no habrá relación de de-*

pendencia cuando así lo determine la libre voluntad de las partes debiendo existir facturación de honorarios profesionales por el lapso que fije el contrato de arrendamiento de servicios u obra, asociación u otro análogo de acuerdo a las exigencias que dicte la reglamentación”.

En el artículo 9 del Decreto reglamentario del artículo antes citado se establecen los elementos mínimos que deberán contener el contrato con el profesional universitario. Ellos son: “1) *Identificación del profesional contratado*, 2) *Identificación del receptor de los servicios prestados*, 3) *Obligaciones que asume cada parte contratante*, 4) *Número de inscripción de cada una de las partes contratantes*, 5) *Monto de la prestación*, 6) *Plazo del contrato*, 7) *Prórroga o renovación previstas en el mismo*, 8) *Lugar de prestación del servicio”.*

El art. 10 de dicho Decreto reglamentario establece que en caso que el BPS compruebe el incumplimiento de alguna de las formalidades referidas, podrá ingresar al análisis de la verdad material y eventualmente tipificar la existencia de una relación de dependencia. Lo mismo sucederá en el caso de que el profesional obtenga una sentencia judicial ejecutoriada que haga caer los efectos del contrato por vicio del consentimiento del profesional contratado.

En ambas situaciones la obligación de pago se reputará existente desde el inicio de la relación contractual.

De lo expuesto, surge que el art. 105 de la Ley 18.083 dispone que cuando el profesional universitario contrate con prestadores de servicios profesionales universitarios no habrá relación de dependencia “*cuando así lo determine la libre voluntad de las partes*”, debiendo existir facturación de honorarios.

A nuestro criterio, dicha disposición es sumamente criticable, pues parte de la base de suponer que el profesional universitario en todos los casos tiene tal independencia económica que le permite negociar libremente con los prestadores de servicios profesionales (que en muchos casos son en realidad grandes empresas dedicadas a prestar dichos servicios) las condiciones de su contratación.

La realidad de nuestro país, claramente no es la que supone el legislador, sino que es de pública notoriedad que las profesiones universitarias han sufrido (afortunadamente, desde el punto de vista del acceso a la educación) una gran masificación.

Por otra parte, en lo que a la actividad jurídica refiere, es también un fenómeno conocido que los mayores porcentajes de casos y los más importantes desde el punto de vista económico y profesional, son absorbidos por las empresas que prestan servicios profesionales ya que las mismas cuentan con la trayectoria, medios, infraestructura, contactos en el mundo empresarial, propaganda, etc., para lograr tal objetivo.

En consecuencia, los asuntos que quedan disponibles son los de menor entidad económica y menor complejidad profesional, en general referidos a divorcios, desalojos, despidos individuales, y casos similares. Y estos casos de menor enjundia, son en general lo que resultan disputados por una enorme masa de profesionales que compiten para prestarlos –en algunos casos incluso se ofrecen honorarios muy inferiores a los debidos y acostumbrados lo que constituye claramente una competencia desleal.

Ello implica que un importante número de los profesionales que salen al mercado laboral, si desean vivir del ejercicio de su profesión (debiendo además cumplir con los aportes mensuales obligatorios a la Caja de Jubilaciones de Profesionales – que por otra parte se basan en fictos y no en los ingresos reales que pueda tener– y además del Fondo de Solidaridad), deban ofrecer sus servicios a las mencionadas empresas de servicios profesionales.

En tal circunstancia, entendemos que resulta totalmente ilusorio y desajustado con la realidad social, suponer que el profesional universitario individual está en condiciones de negociar libremente con la empresa prestadora, las condiciones de trabajo y si gozará o no de la protección de las normas laborales que benefician a los dependientes.

Cabe señalarse que la situación antes expresada no es solo aplicable a los abogados, sino que resulta perfectamente trasladable *mutatis mutandi* a las otras profesiones universitarias como los contadores, arquitectos, ingenieros, químicos, etc.

El art. 10 del Decreto reglamentario dispone que el BPS, únicamente podrá ingresar al análisis de la verdad material: i) si no se cumple con alguna de las formalidades del contrato antes mencionada o ii) si hay sentencia ejecutoriada que haga caer los efectos de contrato por “*vicio del consentimiento del profesional contratado*”.

Esta última hipótesis es sumamente restrictiva, ya que desde el punto de vista jurídico resulta particularmente difícil suponer que en el caso de un contrato del profesional con la empresa prestadora de servicios profesionales pueda existir un vicio del consentimiento que además sea posible de demostrar para obtener una sentencia

judicial ejecutoriada.

El art. 1269 del Código Civil establece que “*El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo*”.

El art. 10 del Decreto, queriendo defender los intereses de los prestadores de servicios profesionales y evitar la impugnación de los contratos, no hace sino reconocer implícita, pero claramente, que en tales situaciones la verdad material puede no ser la que la formalidad del contrato establece. Se trata de un ejemplo de la situación poco común de preferencia de la forma por sobre la sustancia, en contradicción con el principio de la realidad y lo que es peor, en perjuicio de la parte más débil de la relación de trabajo.

Santiago PEREIRA CAMPOS y Adrián GUTIÉRREZ, en referencia al art. 105 de la Ley 18.083 afirman que dicha norma contribuye a “*dotar de certeza jurídica un relacionamiento contractual en el que, por la naturaleza de los sujetos involucrados, debe primar la autonomía de la voluntad de las partes*” (Pereira Campos, Gutiérrez, 2009, 965).

No compartimos las conclusiones de los autores antes mencionados. Respecto a la certeza jurídica, igual certeza jurídica pudo la ley brindar diciendo que tal situación constituye una relación de dependencia (si se cumple con la subordinación jurídica y los índices antes referidos).

El argumento referente a la naturaleza de los sujetos involucrados, en realidad presupone evidente una situación que debe ser demostrada como ser la posición que se encuentra el profesional el contratar. Como señaláramos precedentemente, la realidad social a nuestro criterio indica que el profesional, en general, al contratar con la prestadora se encuentra en clara desventaja. Por tanto, si se cumplen los requisitos de la dependencia laboral, bajo ese régimen debería ser tratado por la normativa correspondiente al igual que el resto de los trabajadores del país.

VII. Los casos difíciles en cuanto a la existencia de relación de dependencia

Cuando nos enfrentamos a dilucidar si en determinados casos existe o no relación de dependencia, en algunas ocasiones sucede que la respuesta no es clara y automática sino que se requiere una meditada ponderación de los distintos indicios o

elementos a considerar. Y a pesar de esto, la conclusión a la que se arriba, puede no estar exenta de críticas o de cierto margen de opinabilidad.

Estos casos, siguiendo la terminología en boga en el ámbito de la filosofía del derecho contemporánea, pueden denominarse como “*casos difíciles*” o “*zonas grises*”.

Dichas situaciones son frecuentes en todas las ramas del derecho, por lo cual el tema que estamos estudiando en esta oportunidad –la subordinación a efectos de las contribuciones especiales de la seguridad social– no se encuentra ajeno a dicho fenómeno.

Al respecto, H. L. A. HART ha afirmado “*Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”*” (Hart, 2011, 153).

Carlos Santiago NINO, recurre a un ejemplo de Wittgenstein para ilustrar este fenómeno y menciona que la palabra “juego” no designa ninguna propiedad que sea por sí sola necesaria para su empleo, como lo demuestra que las actividades denotadas por ella –por ejemplo el ajedrez, la rayuela, el solitario, la ruleta, el fútbol, etc.– no parecen tener ningún elemento en común; sólo hay ciertas propiedades entrecruzadas entre los miembros de la clase (Nino, 2003, 265).

Dicho autor refiere a que hay una vaguedad más intensa en el caso de las palabras respecto de las cuales es imposible dar una lista acabada y conclusa de propiedades suficientes para el uso del término. Utiliza el ejemplo de Genaro Carrió respecto al adjetivo “arbitraria” que la Corte Suprema argentina emplea en algunas sentencias, donde queda abierta la puerta para la aparición de nuevas circunstancias de momento imprevisibles pero ante las cuales podría resultar apropiado calificar de arbitraria una sentencia.

Según Hans KELSEN, un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma, no puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. Por tanto,

la mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica (Kelsen, 2009, 133).

Llevando estas consideraciones teóricas al plano del tema objeto de este trabajo, podemos encontrar que el propio término “subordinación jurídica”, resulta difícil de determinar con exactitud.

Dicha situación ocurre particularmente cuando dicho concepto refiere a actividades desarrolladas por profesionales universitarios o técnicos para una organización empresarial, ya que por la propia naturaleza de su actividad y los conocimientos especializados que se requieren, se desdibuja la presencia del empleador dando órdenes concretas para el desarrollo de la actividad.

En tal caso, tanto la dogmática como la jurisprudencia –tal como hemos visto más arriba– recurren a la utilización de indicios que no son de origen legal sino creados por ellas mismas.

En la práctica, como veremos a continuación a través de una muestra de la jurisprudencia, en los casos difíciles o grises suelen encontrarse indicios contradictorios entre sí, debiendo el juez por tanto sopesar la importancia relativa de cada uno de ellos en el caso concreto de acuerdo a las reglas de la experiencia y el entendimiento humano (sana crítica). Tarea que, como señaláramos precedentemente, no está exenta de opinabilidad y crítica potencial.

Dicha situación, se hizo más evidente con la derogación del art. 178 de la Ley 16.713 dispuesta por el art. 1 de la Ley 17.783, ya que durante la vigencia de la primera de las normas nombradas, los casos dudosos cuando había registro ante el BPS, sólo podían ser observados por este si existía “*una clara relación de dependencia encubierta*”.

Por tanto, en los hechos, si el contrato con la unipersonal había sido registrado, la Administración tenía la carga de demostrar que la dependencia era clara y en caso contrario no estaba legalmente facultada para observarlo. Debido a ello, el registro del contrato, a nuestro criterio, funcionaba en el marco del proceso decisorio del juez, como un verdadero escollo que debía ser derribado en forma contundente y fehaciente por la Administración. En caso contrario, quien previsiblemente debiera salir victorioso del juicio, sería la empresa registrante.

Para dilucidar estos casos difíciles, la dogmática ha ido elaborando, además de los indicios antes mencionados, otros conceptos teóricos coadyuvantes para contribuir a dar respuesta a estas situaciones.

Un ejemplo de esta práctica puede encontrarse en la opinión de Juan RASO DELGUE quien recurre al concepto de “trabajo coordinado” que ocurre cuando “...la actividad indicada por el empleador está caracterizada por la ausencia de directivas y al mismo tiempo por la concatenación de las prestaciones y por su conexión teleológica con la finalidad perseguida por la parte empleadora” (Raso, 2009, 53).

Cabe señalarse que dicho concepto teórico fue recogido y compartido por el TCA en la **Sentencia N° 444/2010** (Sassón (r), Lombardi, Preza, Harriague, Monserrat).

Dicha Sentencia afirma que el trabajo coordinado es el que se da en caso de empresas unipersonales contratadas para trabajar en un sanatorio, existiendo inserción dentro de la organización empresarial, cumplimiento de los fines de la institución e identidad entre los fines de la contratante y de los contratados. Asimismo se agrega que en dicho caso, no existe otra razón para la tercerización más que la evasión del cumplimiento de las normas tributarias

VIII. Indicios relevantes de relación de dependencia según la jurisprudencia del T.C.A.

La **Sentencia 618/02** (Baldi, Mercant, Bermúdez, Brito del Pino (r), Rochón) refiere a médicos contratados por SUAT Sociedad Civil y concluye en la existencia de relación de dependencia.

En los considerandos de la misma, se toma en cuenta que SUAT S.C se forma sobre la base de IBINOR S.A, siendo que ambas son una sola y misma entidad. SUAT S.C tiene una compleja estructura que habilita a utilizar a su respecto el concepto de empresa desde el punto de vista económico conforme al principio de verdad material del art. 149 de la Ley 16.713, por lo que la condición de socio de la sociedad civil no excluye la posibilidad de una relación de dependencia con esta.

Los indicios recogidos en la Sentencia son la forma de remuneración por hora médica, siendo la percepción de utilidades aleatoria; existencia de poder disciplinario que se ejerce a través de un Comité de Disciplina (un médico reconoció haber sido multado por llegar tarde a una guardia); la empresa fija las guardias dentro de la

disponibilidad horaria de cada médico con cierta flexibilidad “*pero esa liberalidad o flexibilidad en materia de asignación de guardias es propia de cualquier centro de asistencia mutual colectiva y no enerva el poder de dirección que incumbe a la empresa*”; los médicos utilizan toda la infraestructura de la empresa; el médico debe cumplir estrictamente con obligaciones y controles administrativos, durante su guardia debe informar sobre irregularidades y llenar boleta con material utilizado. Se agrega que es muy difícil admitir la asunción de riesgos, dada la poca o muy escasa información que reciben sobre la situación económico financiera de la empresa, lo que revela ajenidad de los resultados económicos que es más propia del dependiente.

La **Sentencia N° 390/08** (Preza, Battistella, Lombardi (r), Harriague, Sassón) refiere a una Resolución del BPS que declaró de índole laboral la relación de los profesionales médicos con la empresa UCEM SRL. Esta sentencia ampara la demanda anulatoria en base a las siguientes consideraciones:

Los contratos de arrendamiento de servicios se hallaban registrados ante el BPS, lo que genera una presunción relativa de ausencia de relación de subordinación. “*El adjetivo “clara” contenido en la norma para calificar la relación laboral encubierta, obliga al BPS a efectuar un análisis más profundo y completo si pretende descartar la forma jurídica adoptada*”.

El elemento de mayor fuerza convictiva señalado por la demandada es la inserción de los médicos en la estructura organizativa, dado que requieren de la infraestructura de la empresa, pero para el Tribunal “*si se analizan detenidamente los contratos suscritos por las partes y las declaraciones vertidas por los actores, se advierte que la actividad desarrollada por éstos es de carácter independiente de la estructura institucional de la entidad mutual*”.

Resultó probado que los médicos realizaban aportes a la Caja de Profesionales Universitarios y a DGI, por lo que conforme al art. 161 n°2, existe presunción de no dependencia; los médicos de acuerdo a los contratos pueden aceptar o rechazar las horas de guardia ofrecidas por la Institución, si no pueden cumplir con la guardia asignada, la tarea es cubierta por otro médico, no existe un compromiso personalísimo (*intuitu personae*) con la prestación del servicio; existe discontinuidad y el promedio trimestral de honorarios es bajo, los médicos tienen sus puestos de trabajo en el Hospital de Paysandú y en la mutualista COMEPA; no se ha acreditado que percibieran partidas de naturaleza salarial y no se verifica la existencia de ninguno de los elementos que caracterizan la relación de trabajo dependiente.

Cabe señalarse que para la misma empresa y con similares fundamentos se expidió la **Sentencia 273/09** de 4/VI/09 (Lombardi, Harriague, Preza, Sasson, Monserrat).

La **Sentencia N° 375/14** de 9/IX/14 (Tobía, Harriague, Sasson, Gómez Tedeschi (r), Pera), refiere a la declaración de índole laboral la relación entre UPEMOS SRL y los integrantes de la empresa ERA SRL y Richard Dornell Rodríguez y otros, referidos a servicios de enfermería y radio operadores. El Tribunal falla desestimando la demanda.

El actor alegó que el BPS no se encontraba facultado para observar contratos entre personas jurídicas. Al respecto el Tribunal expresa: *“Tal como señala el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo en su dictamen, “dicho artículo resulta aplicable aun cuando se trate de una relación trabada entre personas jurídicas, siempre que el hecho generador no fuera definido atendiendo únicamente a la forma jurídica. En aplicación del art. 6 del Código Tributario, el BPS puede determinar la existencia de relación de dependencia, cuando se interpusieran formas jurídicas inapropiadas y que no reflejen la realidad”.*

Para el Tribunal es un indicio relevante que la actora en un primer momento se organizó funcionando con contratos con unipersonales con algunas personas que integran ERA y DORNELL y otras sociedades de hecho y ante la observación de tales contratos por el BPS, requirió recurrir con las mismas al arrendamiento de servicios bajo la forma de sociedades comerciales.

El elemento personal (*intuitu personae*) fue contemplado para el mantenimiento de la relación, ya que en el contrato se estableció que el mismo se cumplirá en forma exclusiva con los socios de ERA SRL en su integración actual, y si se modificaba la integración el contrato se consideraba rescindido.

El Tribunal toma en cuenta que ERA SRL desarrolla actividad en el local de la actora, y sus integrantes se encuentran integrados en la organización que proporciona instalaciones, equipos, personal, UPEMOS brinda su organización sin la cual, la prestación de salud no podría brindarse. La tercerización de servicios se entiende cuando el giro sea complejo y se integre por varias partes y recaiga en aquellas tareas que son secundarias, pero nunca cuando se trata del giro principal de la empresa, como sucede en el caso; no se verifica la asunción de riesgo por parte de las empresas contratadas; y la ausencia de exclusividad no sería suficiente para descartar la relación de dependencia.

La **Sentencia N° 503/14** de 14/X/14 (Tobía, Harriague, Sasson, Gómez Tedeschi (r), Echeveste) referida en enfermeros integrantes de G9 SRL contratados por PERSES S.A., desestima la demanda, confirmándose el carácter subordinado de la relación entre ambos.

De los antecedentes agregados surge que la empresa G9 se formó con dependientes de PERSES que pasaron a estar con licencia sin goce de sueldo, pudiendo retornar a PERSES si la SRL no funcionaba y los profesionales integrantes de G9 deben ser necesariamente las personas que integran dicha sociedad al día del contrato (no pueden transferir el contrato ni dar participación a terceros sin el consentimiento escrito de PERSES); PERSES proporciona todos los materiales de trabajo, vehículos, combustible, seguros; no se perdió continuidad en el trabajo, el valor hora quedó fijado en el contrato y se ajusta al modo que lo aplica PERSES a sus empleados; G9 se obliga a no hacer ningún tipo de propaganda sin previo consentimiento escrito de PERSES.

El Tribunal afirma que resulta aplicable el principio “*sustancia sobre forma*” del art. 6° del Código Tributario. En este caso, se señala que el BPS cumplió con su carga de probar en forma clara en contrario a la presunción a favor de la autonomía de las partes.

La **Sentencia N° 578/14** de 23/X/14 (Tobía, Harriague (r), Sasson, Gómez Tedeschi y Echeveste –este último discorde) refiere a empresas unipersonales de enfermería a domicilio, y falla con una discordia anulando el acto administrativo impugnado que observara los contratos registrados conforme al art. 178 de la Ley 16.713 –norma vigente al momento del dictado de dicho acto.

La mayoría del Tribunal entiende que el BPS no acreditó, como era su carga, la existencia de una clara relación de dependencia.

Dentro de la empresa actora existe un departamento encargado de hacer el listado de los servicios requeridos por IMPASA, el cual tiene dos dependientes que cumplen las funciones de Director Técnico y Supervisor de enfermería domiciliaria. Para la Asesoría Letrada de ATYR, dicho elemento revelaría la existencia de un poder de dirección que tipifica la dependencia, pero para el Tribunal “*se vislumbra razonable que la empresa actora cuente con personal propio que supervise la tarea de las empresas unipersonales, no en un ejercicio de un poder de dirección típico de la relación laboral, sino simple y llanamente a efectos de controlar la efectividad del servicio que se obligó a prestar IMPASA*”.

Otro elemento considerado es que a ninguna de las tres empresas unipersonales se les exige exclusividad, que estas proporcionan la locomoción y asumen los gastos derivados de la misma, que pueden renunciar a la guardia en caso de enfermedad o imprevistos.

El Tribunal otorga expresamente especial importancia al hecho que las unipersonales tienen la facultad de subcontratar, y por tanto la relación no es *intuitu personae*, nada se estableció en el contrato respecto de que la actora deba aceptara o pueda rechazar a las personas que suplantán al titular de la unipersonal.

En su discordia el Ministro Echeveste considera que los auxiliares de enfermería prestaban su labor en relación de dependencia por estar subordinados al poder de dirección de la empresa MIDISUR S.A., resultando claro por la índole de las tareas, la inserción de los trabajadores en la organización empresarial. Además el material era suministrado por MIDISUR S.A., debiendo la unipersonal rendir cuentas en forma periódica del gasto realizado y existía en los hechos exclusividad.

En la **Sentencia N.º 497/19** (Corujo (r), Gómez Tedeschi. Vázquez Cruz, Klett, Posada), el Tribunal comparte lo aconsejado por el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (PECA) y dispone la anulación del acto administrativo del BPS.

La misma trata sobre si existe relación de dependencia de una arquitecta que brindaba servicios a un geriátrico. El Tribunal considera que no se excluye *per se* que por cumplir actividades de coordinación de subcontratos de electricidad y sanitaria, no exista una relación no dependiente; tampoco que se realice un contralor horario cuando se pactó el pago por horas. Entiende que son más los elementos que excluyen la subordinación: voluntad declarada en un contrato de arrendamiento de servicios, no exclusividad, facturación no constante, horario variable, no figuración de facturas que puedan asimilarse a rubros de naturaleza salarial como licencias, salario vacacional o sueldo anual complementario.

En la **Sentencia N.º 170/20** (Vázquez Cruz (r), Gómez Tedeschi, Echeveste, Klett, Corujo), la Corporación sostuvo, compartiendo lo dictaminado por el PECA, que el el BPS no logró acreditar la efectiva existencia de relaciones de dependencia ya que en la mayoría de los casos la exclusividad fue por voluntad de los titulares de las empresas, que la continuidad del vínculo no es un elemento distintivo, que la determinación de precios de venta al público se encuentran en el ámbito de relacio-

nes de carácter comercial como las existentes entre importadores y distribuidores.

Agrega que el hecho que ninguna de las empresas haya ocupado personal, pero que de haberlo hecho hubiera requerido la conformidad de la actora, es un indicio que podría resultar indicativo de cierto poder de dirección empresarial. No obstante ello, el mismo carece de fuerza suficiente a la luz de otros que operan con contraindicios. No se probó la existencia de órdenes concretas, se comprobó falta de cumplimiento de horario, posibilidad de rescindir el contrato, inexistencia de sanciones y no percepción de ninguna partida salarial; a ello se adiciona la presunción de ilegitimidad del acto administrativo (art. 6 de la Ley 15.869 en la redacción del art. 41 de la Ley 17.292).

En la **Sentencia N°269/2021** de 24/VI/21 el Tribunal (Salvo-r-, Vázquez Cruz, Corujo, Klett, Bortoli) considera que la presunción del art. 105 de la Ley 18.083 tiene carácter absoluto.

El giro principal de la actora STILER S.A. es construcción de obras de arquitectura y el secundario comercio al por mayor de granos, semillas y frutas oleaginosas.

La relación de los profesionales universitarios se trabó, al menos en el período fiscalizado, exclusivamente con STILER S.A., y al no ser dicha empresa una prestadora de servicios de profesionales universitarios no se encontraba amparada en la presunción del art. 105 de la Ley 18.083.

En cuanto a la existencia o no de relación de dependencia de los profesionales universitarios, el Tribunal entiende que la Administración logró acreditar que la gran mayoría de los contratos de arrendamientos de servicios profesionales suscritos encubrían verdaderas relaciones de dependencia. De las declaraciones de los profesionales involucrados se puede concluir razonablemente que la empresa siempre ejerció, a través de sus estructuras gerenciales y técnicas cierto poder de dirección de los mismos y que estos se encontraban insertos en la dinámica de trabajo de la empresa.

El Tribunal comparte el voto del Sr. Ministro Dr. Eduardo Vázquez Cruz quien expresa que los profesionales contratados: a) no eran libres de elegir el lugar de prestación del trabajo, b) la actora proporcionaba las instalaciones donde estos cumplían tareas, c) no ocupaban personal y en caso de licencia, eran cubiertos por el resto de los compañeros, d) se les impartían órdenes directas y estaban obligados a presentar informes, en el caso que les fuera requerido, e) integración de los profe-

sionales en la organización sustancial de la empresa, f) el pago de una remuneración periódica, g) tenían una vinculación de cierta durabilidad, no eran contratados para un proyecto específico y el contrato se renueva en forma automática y f) no tenían participación en los riesgos de la explotación.

Para la Corporación, en el caso se verificó la existencia de múltiples indicios unívocos y concordantes, que valorados a la luz de la sana crítica, demuestran razonablemente la existencia de relaciones de dependencia que se atribuyeron a la actora. En función de ello, el Tribunal por unanimidad, y compartiendo lo dictaminado por la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, falla desestimando este aspecto de la demanda interpuesta.

IX. Conclusiones

De acuerdo a la jurisprudencia del TCA referida, los arts. 161 y 162 de la Ley 16.713 consagran presunciones relativas. Las presunciones absolutas, “*iure et de iure*”, no admiten prueba en contrario. Dicho Tribunal ha señalado que se debe ser muy estricto en la interpretación de estas últimas por cuanto son verdaderas ficciones de las que parte el legislador en situaciones excepcionales.

En el caso de los artículos antes mencionados, según el TCA, no existe ningún texto categórico que autorice a afirmar que se consagró una presunción absoluta (Sentencia 951/2000).

A los efectos de determinar si existe relación de dependencia, el concepto más importante es el de “subordinación jurídica” entendida como la facultad del empleador de ordenar, dirigir y organizar la tarea del trabajador.

Para aquellos casos en que es problemático determinar si en realidad existe la subordinación jurídica, la dogmática y la jurisprudencia han recurrido a diversos índices que fueran anteriormente mencionados, así como a conceptos tales como el de “trabajo coordinado”.

El art. 178 de la Ley 16.713 estableció el registro de los contratos con empresas unipersonales, que el BPS sólo podía observar si implicaba una “clara relación de dependencia encubierta”. La derogación de dicho artículo por el art. 1 de la Ley 18.783, colocó en mayor igualdad de condiciones al BPS y a las empresas y permitió ingresar a un análisis acorde a la realidad; pero asimismo aumentó la dificultad

para determinar el régimen aplicable en cada situación.

Para el caso de existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre una empresa y personas jurídicas, el BPS conforme al art. 6 del Código Tributario, se encuentra facultado para hacer prevalecer la realidad a las formas jurídicas utilizadas, a los efectos de establecer la forma de tributación correcta por contribuciones especiales de seguridad social (Sent. 375/2014).

En las tareas profesionales o en las cuales se requieren conocimientos técnicos especializados, por las propias características de las actividades a desarrollar y el componente predominantemente intelectual de las mismas, el control y la incidencia del empleador en la labor se ven muy atenuadas o desdibujadas.

Del análisis de la jurisprudencia referida, entendemos puede concluirse, que cada caso tiene sus particularidades propias, por lo cual no es posible determinar elementos a priori que resulten siempre por sí mismos determinantes para inclinar la decisión en uno u otro sentido. En general, la conclusión a la que la jurisprudencia arriba, surge de una cuidadosa ponderación de los variados índices en juego.

No obstante ello, de dicha jurisprudencia, a nuestro criterio, parecerían surgir índices de mayor peso relativo para determinar si existe dependencia laboral tales como la característica de actividad personalísima (*intuitu personae*), la inserción en la estructura funcional, la posibilidad de rechazar trabajos concretos o subcontratar, la asunción de riesgos y el estudio de los motivos que operaron para la formación de la empresa unipersonal.

El Tribunal ha afirmado que la tercerización sólo es admisible en casos de empresas con giros complejos y en actividades secundarias y no cuando las unipersonales cumplen con idénticos fines a los de la empresa principal (Sents. 444/10 y 375/14).

En cuanto a la existencia de un cierto control en la tarea por parte de la empresa principal, en la Sent. 951/00 se lo toma como un índice que se agrega a otros elementos relevantes, para concluir en la fallando a favor de la subordinación. No obstante ello, en la Sentencia N° 578/14 se considera dicho control como razonable para la supervisión de los servicios contratados.

Ello, a nuestro entender supone que la existencia de determinado control debe ser valorado en cada caso concreto en función de las características propias de la ac-

tividad cumplida y de la intensidad y oportunidad en que dicho control se ejerce. Ciertamente, como surge de la Sentencia N.º 578/14, resulta admisible en la no dependencia si refiere a la supervisión del servicio contratado.

En el caso de la contratación de profesionales universitarios por empresas prestadoras de tales servicios, el art. 105 de la Ley 18.083 y su Decreto reglamentario establecieron requisitos que limitan muy seriamente la posibilidad práctica de declarar la dependencia, basándose en razones formales y un aparente poder negociador similar entre ambas partes –que a nuestro criterio no existe en la realidad.

Dichos profesionales si cumplen con los requisitos generales exigidos para ser considerados trabajadores dependientes deberían tener tal carácter, a efectos de gozar de similar protección legal (indemnización por despido, horas extras) y beneficios vinculados al salario (salario vacacional, sueldo anual complementario).

Por tanto, el art. 105 de la Ley 18.083 afecta claramente al principio de la realidad así como el principio constitucional de igualdad (art. 8 de la Constitución), sin vislumbrarse que garantice interés general alguno.

Referencias

- Barbagelata, H.H. (2004). Derecho del Trabajo Tomo II (2° Ed.), FCU, 143.
- Barreto Ghione, H. (2007). La determinación de la relación de trabajo en la recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica, *Revista de Derecho Laboral* (225), 81-98.
- Ermida Uriarte, O. (1983). Concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social, *Revista del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios*, (52), 6 -7.
- Grzetich, A. (1996). Tributación en seguridad social y desregulación laboral, *Revista de Derecho Laboral* (182-183), 536 – 537.
- Hart, H.L.A (2011). El concepto de Derecho (3 Ed. reimpresión), Abeledo Perrot, 153.
- Hernández Álvarez, O. y Ermida Uriarte, O. (2008). Crítica de la subordinación, *La Ley*, 1513-1541.
- Kelsen, H. (2009). Teoría Pura del Derecho, 4° Ed. 9° reimpresión, Eudeba, 133.
- Nino, C.S. (2003). Introducción al análisis del Derecho, 11° Ed., Ariel, 265.
- Pérez del Castillo, S. (2010). La subsistencia de las empresas unipersonales, XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 48.
- Pérez Novaro, C. (1996). Aspectos tributarios de la Ley 16.713, *Revista del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios* (131), 124- 125.
- Pereira Campos S. y Gutiérrez A. (2009). Leading cases del TCA sobre contratación de profesionales universitarios (médicos) por empresas de emergencia médico móvil, *Jurisprudencia anotada, La Ley Uruguay* (1-12), 965.
- Plá Rodríguez (2000). Curso de Derecho laboral, Tomo I Vol. I, Ed. Idea, 101.
- Ramos Olivera, J. (2000). Manual de aportes a la Seguridad Social. Ed. BDF, 25.

Raso Delgue, J. (2009). La contratación atípica del trabajo. Ed. AMF, 71, 78-95.

Raso Delgue, J. (2010). Empresas unipersonales, derogación o modificación, XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 121.

Rivas, D. (2000). El trabajo autónomo en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, FCU, 240-242.

Rivas, D., La voluntad de las partes en la elección de la forma jurídica del trabajo y en la calificación del contrato de trabajo, LJU, Tomo 111.

Normas

Uruguay. Decreto N.º 290/982. Diario Oficial, 26/8/1982.

Uruguay. Decreto N.º 43/995. Diario Oficial, 3/2/1995.

Uruguay. Ley 16.713. Diario Oficial, 11/9/1995.

Uruguay. Ley 18.783. Diario Oficial, 11/8/2011.

Uruguay. Ley N.º 18.083. Ley de Reforma Tributaria. Diario Oficial, 18/1/2007.

Jurisprudencia del tribunal de lo contencioso administrativo

Sentencia N.º 618/2002 de 2/10/02, Brito del Pino E. (r), Baldi J., Mercant M., Bermúdez V.H., Rochón C.

Sentencia N.º 444/2010 de 24/6/10, Sassón, M. (r), Lombardi E., Preza D., Harriague R., Monserrat J.

Sentencia N.º 390/2008 de 19/3/08, Lombardi E. (r), Preza D., Battistella M., Harriague R., Sassón M.

Sentencia N.º 375/2014, Gómez Tedeschi, A (r), Tobía J.P., Harriague R., Sassón M., Pera L.

Sentencia N.º 503/2014, Gómez Tedeschi A (r), Tobía J.P., Harriague R., Sassón M, Echeveste J.

Sentencia N.º 578/2014, Harriague R. (r), Tobía J.P., Sassón M., Gómez Tedeschi A., Echeveste, J (d).

Sentencia N.º 497/2019, Corujo W. (r), Gómez Tedeschi A., Vázquez Cruz E., Klett S., Posada.

Sentencia N.º 170/2020, Klett S. (r), Gómez Tedeschi A., Echeveste J., Vázquez Cruz E., Corujo W.

Sentencia N.º 269/2021, Salvo (r), Vázquez Cruz, Corujo, Keltt, Bortoli.