

LA PRUEBA DE LAS RELACIONES LABORALES INFORMALES

Sergio Lois¹

Sumario: I. Introducción. II. La dependencia. III. La ajenidad. IV. Cuestiones probatorias en torno a la acreditación de las relaciones de trabajo. V. La prueba del contrato de trabajo. VI. La prueba testimonial. VII. La prueba confesional. VIII. Las presunciones y la acreditación del vínculo laboral. IX. La presunción del art. 23 de la LCT. X. Presunción del art. 55. Obligación de declarar si los libros son llevados en legal forma. XI. Presunción del art.57 de la LCT. XII. Los indicios. XIII. El haz de indicios. XIV. Carga dinámica de la prueba. XV. Principio de primacía de la realidad. XVI. Los ambientes de trabajo y la tecnología.

Palabras clave: Prueba - Dependencia - Presunciones - Haz de indicios - Carga de la prueba

I. Introducción

Los trabajadores informales en realidad no se encuentran amparados a priori por la legislación laboral vigente. Estos dependen de una declaración judicial que determine la existencia de la relación laboral. Asimismo, este pronunciamiento deberá ordenar el pago de ciertas indemnizaciones y multas. Cabe recalcar que es sumamente extraño que un empleador decida registrar la relación de trabajo mientras se encuentra vigente.

Si mediante el pronunciamiento judicial definitivo se determina la existencia de una relación de trabajo se van a aplicar las normas laborales o, en algunos casos, los estatutos especiales que corresponden a la actividad del trabajador.

Todo ello dependerá de los hechos alegados y lo que se pudo acreditar mediante los medios de prueba ofrecidos y producidos en el marco de un procedimiento judicial.

II.-La dependencia

Las disposiciones normativas laborales serán de aplicación al trabajo personal, infungible, dirigido, remunerado, productivo y voluntario que es llevado a cabo por una persona física dentro de una organización empresarial ajena (arts. 4, 5, 21 a 23 y 37 de la LCT). A nivel normativo no existe una noción conceptual de dependencia laboral. Sin embargo, dicho concepto es sustancial para la determinación de la existencia de una relación de trabajo. También se puede considerar que existe una crisis de abarcatividad del concep-

¹ Abogado por la Universidad Nacional de La Matanza. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales por la UNTREF. Escritor de diversos artículos y libros sobre derecho individual y colectivo del trabajo. Disertante. Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

to dependencia y, por lo tanto, se debería replantear su utilidad como elemento definitorio de la laboralidad. En muchas ocasiones la situación de los trabajadores no se resuelve gracias al alcance del concepto de dependencia y los casos dudosos no constituyen una excepción, sino una regla debido al gran número de dudas al respecto.²

Según Goldin, el concepto de dependencia no emana de la ley ni de una categorización jurídica, sino que se fue construyendo a través del reconocimiento inductivo de las notas que singularizan históricamente el modo en que el típico trabajador industrial y el titular de la organización productiva se vincularon, en el marco de la sociedad capitalista. Para ello se relevaron los contenidos fácticos reconocidos en cada relación individual típicas derivándose de esos elementos cierta constante de las vinculaciones de similar tipología.³

Es por ello, que se fue construyendo paulatinamente una suerte de tipología, constituida por una serie de parámetros fácticos para determinar los rasgos más relevantes de una relación de dependencia. Esta categoría tiene un basamento histórico ya que fue el resultado de la clásica relación de dependencia entre un obrero industrial y un empleador.

Rodríguez Mancini concibe que los trabajadores dependientes se subdividen en económicamente dependientes o subordinados. Los primeros son aquellos cuya dependencia es sólo económica y no jurídica. Los segundos son los que obedecen órdenes. Estos se clasifican según presten servicios gratuitos u onerosos, siendo éstos últimos (con exclusión del empleo público) los trabajadores dependientes en el sentido técnico, económico y jurídico, que se rigen por las normas laborales.⁴

Por otro lado, Justo López sostiene que la relación de dependencia existe con respecto a una organización ajena de la que participa el trabajador encontrándose sometido a instrucciones o directivas que le impartan o pudieran impartírsele.⁵

Es importante aclarar que no existe una definición conceptual de dependencia en la LCT. Sin embargo, dicho concepto resulta fundamental para la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, la LCT incluye una serie de características de la dependencia laboral. En este sentido, el art.4° de la LCT determina que el trabajo es “toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración...”.

Asimismo, el art.5° del mismo plexo normativo establece que una empresa es una organización instrumental, de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección. Además, se determina que el empresario es aquel que dirige la empresa y los trabajadores se encuentran subordinados jerárquicamente al mismo.

2 FERDMAN, Beatriz E. , “*Las tres facetas de la dependencia*”, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Anuario 2012, Año 3, Número 3. Editorial Rubinzal Culzoni. Provincia de Santa Fe, República Argentina, 2012, p.149.

3 GOLDIN, Adrián O., “*Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad social*”. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.

4 RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Notas de la dependencia laboral”, Revista de Derecho Laboral 2005-2, Contratación Laboral, Editorial Rubinzal Culzoni, Provincia de Santa Fe, República Argentina, 2005, p.41.

5 LÓPEZ, CENTENO y FERNANDEZ MADRID, “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Editorial Contabilidad Moderna. Buenos Aires, 1978, Tomo 1, p.78.

De los artículos mencionados se pueden desprender algunas conclusiones acerca del concepto de dependencia. Es así como una de las notas típicas de la dependencia tiene que ver con el poder de dirección del empleador y la obediencia del trabajador. Éste último se encuentra subordinado al primero, poniendo su fuerza de trabajo por un tiempo determinado a cambio de una remuneración.

A lo expresado precedentemente se debe agregar el poder sancionatorio en cabeza del empleador.

Teniendo en cuenta el contexto en el cual se sancionó la LCT, existe una preferencia por una noción de dependencia jurídica conforme a un modelo de producción (y organización) diferente al actual.⁶

Tradicionalmente, la dependencia consistía en la prestación personal de tareas con sometimiento a órdenes, directivas e instrucciones impartidas en el marco de una organización totalmente ajena al trabajador. Por lo tanto, lo trascendental era la ajenidad.⁷ El trabajador recibía órdenes directamente del personal jerárquico y desarrollaba las tareas durante una jornada de trabajo.

Actualmente, las relaciones trabajo sufrieron diversas transformaciones, de tal forma que, por ejemplo, los dependientes pueden ejecutar sus tareas durante jornadas flexibles desde la comodidad de sus hogares y aprovechando los beneficios de la tecnología. Es así como el poder de control del empleador, en el contexto actual, puede verse atenuado.

Más allá de la dependencia jurídica, se debe mencionar la dependencia técnica y la dependencia económica. La dependencia técnica implica la posibilidad de establecer los modos y los procedimientos de ejecutar tareas, y la dependencia económica implica que tanto el trabajador como su familia dependen de la remuneración como único medio de ingreso, por lo cual dicha dependencia se identifica con la subsistencia. Asimismo, la dependencia económica puede caracterizarse por la apropiación anticipada que hace el empleador de los frutos del trabajo y la ajenidad del trabajador respecto a los riesgos de la empresa.

Machado considera que el concepto de dependencia fue evolucionando y se fue independizando de la subordinación jurídica. Actualmente se deberá hablar de ajenidad ya que el trabajador se incorpora a una organización ajena y se proveen los medios de producción, pero no percibe los frutos de la misma y tampoco corre ningún riesgo. A su vez, la dirección puede ejercerse con mayor o menor intensidad, o puede ser más o menos patente, sin que ello atente contra la existencia de una relación laboral.⁸

Por otro lado, se puede definir al trabajador autónomo, en contraposición al trabajador dependiente, como aquel que no se incorpora a la organización de un tercero. Además, el trabajador autónomo asume los riesgos de la actividad. La jurisprudencia ha indicado que "la asunción de riesgos por parte de quien presta un servicio es definitoria de una ac-

6 FERDMAN, ob.cit., p. 150.

7 KROTOSCHIN, Ernesto, "*Instituciones de Derecho del Trabajo*", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1968, p.35 y 36.

8 MACHADO, José Daniel, "*El trabajador deslinde del concepto de dependencia y sus vecinos*", en la obra "*Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*", Colección de Temas de Derecho Laboral, Coordinadora: Andrea García Vior, Editorial Errepar, Buenos Aires, República Argentina, 1999, p.151.

tividad por cuenta propia; y, por el contrario, la ajenidad en los riesgos de quien ejecuta una determinada tarea es una nota definitoria de una relación subordinada”.⁹

Como puede apreciarse la asunción de los riesgos y la falta de subordinación resultan ser parámetros muy importantes para determinar si existe o no dependencia.

A su vez, se ha dicho lo siguiente: “...caracteriza al contrato de trabajo respecto del contrato de locación de servicios las condiciones que deben reunir cada uno de los sujetos y la naturaleza de la contraprestación: 1) el empleador es empresario; 2) el trabajador es no empresario y; 3) la prestación es onerosa. Si concurren estos tres supuestos estamos ante un contrato de trabajo. La dependencia jurídica, económica y técnica, más que notas emergentes de la contratación, vienen impuestas por el modo de producción de una sociedad capitalista y por las facultades jurígenas que la ley acuerda al empleador. El advenimiento de nuevos paradigmas de producción obliga a la revisión del concepto jurídico para una regulación adecuada. Es, en esta inteligencia, que el análisis debe centrarse sobre el nudo de la relación laboral, vinculada al concepto de empresa, que nos permite avanzar, más nítidamente, sobre las definiciones de los sujetos y el objeto del contrato de trabajo. La definición del trabajador como no empresario y del empleador como empresario no constituye una distinción caprichosa o una consecuencia del ordenamiento positivo vigente, sino que se adentra cualitativamente en la relación en análisis modalizando prestaciones y expectativas en apariencia similares. La incorporación a una empresa ajena y el sometimiento a sus usos y costumbres hace nacer el poder de organización y, en la medida que ello implica someterse a pautas programadas desde la cadena jerárquica estamos ante el poder de organización y, si el incumplimiento puede ser sancionado con la exclusión, existe el poder disciplinario. Estas notas caracterizan al empresario quien, en principio, por la facticidad y, en segundo lugar, por el reconocimiento legal expreso, configura la existencia de un poder jurígeno. La empresa es entonces, desde el punto de vista normativo, un ordenamiento jurídico parcial, subordinado al general del Estado, pero con su propio sistema de mandatos, órdenes y jerarquías dentro del cual los sujetos comprendidos interactúan. De allí nace la importancia de definir al sujeto receptor de los servicios como empresario. Si quien presta el servicio tuviera los medios propios para caracterizarlo como empresario, es decir, tuviera a su disposición los medios materiales, inmateriales y personales suficientes para la consecución de los fines benéficos o con fines de lucro con viabilidad social y los empeñara o tuviera la posibilidad de hacerlo en el contrato, las condiciones de sujeción propias de la dependencia se atenúan (es posible, como ya hemos visto, la dependencia empresaria) o desaparecen. Ello excluye la relación contractual así constituida del marco del derecho del trabajo”.¹⁰

En cuanto a la prueba de las relaciones de dependencia, el artículo 23 de la LCT dispone que cuando se prueba la prestación de servicios a favor de otro se presume la relación de dependencia, siendo esta una presunción legal *iuris tantum*. Esto último puede generar la inversión de la carga probatoria, y provocar que el empleador deba probar que su servicio no tiene como causa un contrato de trabajo.

Se han utilizado diversas técnicas para acreditar la existencia de una relación de trabajo.

9 CNTrab, Sala II, “Zorzi, Sergio Luis c. Klystron Electronica SRL y otros s/despido”, 27/02/2013, LA LEY Online, AR/JUR/4515/2013.

10 CNTrab., Sala V, “Oddi Ademar Aníbal c. Urbano Express Argentina S.A. s/despido”, 08/06/2011, La Ley Online, AR/JUR/31072/2011.

Entre las mismas, se puede mencionar la técnica del “haz de indicios” para acreditar una relación laboral. De esta forma, gracias a un conjunto de indicios puede llegar a acreditarse la existencia de un posible vínculo de subordinación. Gracias al conjunto de estos elementos se puede inferir la existencia de una relación de trabajo.¹¹ En este sentido, la prueba electrónica puede constituir alguno de esos elementos indiciarios y que, gracias a la valoración de todos elementos, considerados como una unidad, se compruebe la existencia de un vínculo laboral controvertido. Los elementos mencionados precedentemente pueden ser presunciones, indicios o la prueba producida durante el desarrollo del proceso judicial.

III. La ajenidad

La ajenidad está relacionada con que el trabajador es ajeno a los riesgos de la empresa. A su vez, según este concepto, lo que caracteriza a una relación de trabajo no es la subordinación, sino la ajenidad que está relacionada directamente con la propiedad de los frutos del trabajo. Es así como dichos frutos son de propiedad del empleador, pero no del trabajador.

Por lo tanto, el empleador adquiere los frutos de antemano y la subordinación es entendida como una potestad de coordinación. Sin embargo, la subordinación no define la existencia de una relación de dependencia.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, la ajenidad ha sido duramente criticada porque se considera que se coloca en un lugar de preeminencia la cesión de los frutos del trabajo y no la prestación de servicios, como una nota distintiva de la existencia de una relación de trabajo. Asimismo, existen trabajos que no generan fruto alguno como sucede con el régimen especial del personal auxiliar de casas particulares (ley 26.844).

Más allá de estas discusiones de corte conceptual entre la dependencia y la ajenidad, es importante considerar, desde la praxis, que elementos deberán tenerse en cuenta a la hora determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre dichos elementos se encuentran las notas características de la dependencia, su clasificación y la presunción establecida en el art.23 de la LCT acerca de la existencia de un contrato de trabajo.

IV. Cuestiones probatorias en torno a la acreditación de las relaciones de trabajo

La producción probatoria debe efectuarse de acuerdo con los medios previstos por la ley procesal.

11 Según la Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo, entre esos indicios podrían figurar los siguientes: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la 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, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”. En el Informe Supiot se enunciaban los siguientes indicios: “1) el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo, 2) en la práctica realiza el trabajo él mismo. 3) su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras, 4) la relación entre las partes tiene una cierta permanencia, 5) la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad. 6) el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo, 7) los medios de trabajo son aportados por la otra parte, 8) los gastos profesionales están a cargo de la otra parte, 9) el trabajo es remunerado, 10) el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado” (SUPIOT, Alain, Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49).

En esta inteligencia el art.376 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires establece lo siguiente:

“La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez”.

Los medios probatorios típicos se encuentran previstos en la normativa procesal. Además, pueden utilizarse aquellos medios probatorios que el juez disponga para el supuesto caso de que se ofrezca algún otro y resulte pertinente, a pesar de que no se encuentre previsto en las normas procesales siempre y cuando no se afecte la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos. En esos casos el magistrado deberá establecer la manera de diligenciar esos medios probatorios aplicando la analogía. En este supuesto, la norma está haciendo alusión al principio de amplitud probatoria que puede ser de gran ayuda para considerar la procedencia de la prueba electrónica en los procedimientos laborales.

Los medios de prueba tradicionales consisten en la prueba documental, la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba de absolución de posiciones y el reconocimiento judicial. Dichos medios serán fundamentales para la acreditación de los hechos invocados en los escritos postulatorios (demanda, contestación de demanda o reconvención).

Piroló ha sostenido que “el objeto de la prueba solo puede estar constituido por los hechos invocados por las partes que hayan sido controvertidos... esenciales y conducentes para la resolución del conflicto”.¹²

El art.375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires establece lo siguiente:

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer”.

Asimismo, no resultarán admisibles aquellos medios probatorios que fueran manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios ya que esto podrá ser desechado por el magistrado al momento de realizar la valoración de la prueba.

Es importante resaltar que la prueba puede tener la entidad suficiente para generar la convicción en el magistrado a la hora de tomar una decisión razonada, y a todo ello se debe sumar que el magistrado tiene amplias facultades para alcanzar la verdad de los hechos (art.12 de la ley 11.653).

El juzgador no tiene la obligación de valorar todas y cada una de las pruebas producidas sino las consideradas conducentes y aptas para resolver la cuestión debatida en los estrados judiciales. A su vez, se encuentra limitado por el principio de congruencia, es decir que deberá resolver de acuerdo con lo alegado por las partes y no podrá superar ese

12 PÍROLO, MURRAY y OTERO, “Manual de Derecho Procesal del Trabajo. Actuación ante la Justicia Nacional y Federal”, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires,2011.

límite infranqueable. Por lo tanto, el juzgador a la hora de resolver no se encuentra en libertad sino condicionado por la plataforma fáctica expresada por las partes y acreditada gracias a los medios probatorios ofrecidos y producidos.

Además, cuenta con las facultades suficientes para llegar a la verdad material, tomando en consideración los medios probatorios adecuados y valorándolos bajo un criterio de razonabilidad. En otras palabras, el material incorporado al procedimiento laboral deberá ser sometido a un proceso racional.

V. La prueba del contrato de trabajo

El art.50 de la LCT establece que el contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el art.23 de esa ley.

No se consagran limitaciones normativas para la prueba del contrato de trabajo, sino que se agregan más elementos que permiten la acreditación de su existencia, como la presunción del art.23 de la LCT que funciona como un elemento más que interesante para la acreditación de los extremos alegados por el trabajador.

Existe libertad probatoria a la hora de acreditar la existencia de un contrato de trabajo. Es decir que puede probarse por todos los medios comunes de prueba. En este mismo orden de ideas, el art.1019 del Código Civil y Comercial establece lo siguiente:

“Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial”.

A la hora de probar la existencia de un contrato de trabajo adquiere una gran relevancia la presunción del art.23 de la LCT.

Por otro lado, la carga probatoria en un juicio laboral recae en aquél que invoca un hecho en virtud del art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

A su vez, el art.54 de la LCT hace referencia a las facultades del juez interviniente al momento de apreciar la documentación laboral. El artículo mencionado reza:

"Aplicación de los registros, planillas u otros elementos de contralor. Idéntico requisito de validez deberán reunir los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, que serán apreciadas judicialmente según lo prescrito en el artículo anterior".

Grisolia sostiene que se consagra el criterio de apreciación judicial amplio en materia probatoria, ante la falta u omisión de formalidades requeridas, como también en relación con la inversión de la carga probatoria del art. 55 para el caso en que las leyes y sus normas complementarias tales como decretos o resoluciones establezcan obligaciones de tipo registral.¹³

VI. La prueba testimonial

La prueba testimonial es de suma trascendencia para el proceso laboral teniendo en cuenta que, en gran parte de los casos, como en el caso de trabajo informal, no existe

13 GRISOLIA, Julio Armando, “Manual de derecho laboral”, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina,2019,p.111.

una instrumentación formal del vínculo cuestionado. Por lo tanto, esta prueba tiene una gran eficacia para demostrar la relación de trabajo, la antigüedad, la categoría y la manera en la cual se extinguió el contrato, entre otras circunstancias relevantes.

Se puede acreditar la relación laboral verificándose la concurrencia personal del actor al establecimiento comercial del demandado de forma frecuente, que el trabajador recibe instrucciones del demandado o cuando existan ciertos gastos y pagos convenidos, entre otros extremos.

Las declaraciones testimoniales de aquellos testigos, que percibieron mediante sus sentidos de manera directa determinados hechos, deben ser valoradas junto con la restante prueba producida y conducente para la resolución del caso. Dichas declaraciones testimoniales deberán ser analizadas teniendo en cuenta su precisión y concordancia con lo expresado en los escritos postulatorios de demanda o contestación de demanda. A su vez, el juzgador podrá dejar de lado aquellas declaraciones falaces o sospechosas.

También deberá tenerse en consideración la proximidad del testigo con el hecho analizado, su claridad expositiva y memoria.

Sí bien la declaración de un testigo único resulta un tanto débil, la misma puede tomar mayor credibilidad o fuerza probatoria en la medida en que coincida con los restantes elementos de prueba, ya que el magistrado analizará el material probatorio, incorporado al procedimiento, considerándolo como una unidad. En este sentido, resulta trascendental que se analicen las coincidencias y las contradicciones de las declaraciones testimoniales.

Finalmente, la declaración en base a comentarios o rumores sobre referencias ajenas no constituye una prueba directa de peso. Es lo que se conoce como el testigo de oídas. Lo cierto es que dicha declaración deberá ser apreciada como un elemento indiciario. El conjunto de diferentes indicios puede convencer al juzgador acerca de la verdad de lo postulado en los hechos de la demanda o contestación de demanda.

Estos rumores o referencias indirectas deberán ser corroborados con otros elementos probatorios, con la finalidad de formar cierta convicción.

VII. La prueba confesional

La prueba confesional puede ser definida como la confesión contra sí mismo. Este medio probatorio puede ser considerado un tanto débil, desde el punto de vista de su fuerza probatoria o convictiva.

Constituye un ritual un tanto especulativo respecto a la declaración del absolvente. En general, las posiciones serán contestadas con una negativa.

VIII. Las presunciones y la acreditación del vínculo laboral

Puede pasar que exista un grado de dificultad bastante alto para lograr acreditar la existencia de una relación de trabajo, lo cual impediría llegar a un grado de convicción suficiente en el juzgador para tomar una decisión razonada. Esto último sucede cuando no se cuentan con los medios probatorios necesarios para la acreditación de un hecho controvertido, por ejemplo cuando no se cuenta con testigos directos para probar una relación de trabajo.

En líneas generales, aquél que alega un hecho deberá probarlo. Sin embargo, en materia laboral es probable que se apelen a ciertas ficciones, conocidas como presunciones legales.

En este sentido, Morello considera que pueden darse diversas situaciones complejas a nivel probatorio, pero ello no debe ser considerado como una situación de orfandad probatoria, que imposibilite llegar a un juicio de valor para lograr una solución adecuada. Ante ello se necesita bajar el rigor normalmente empleado en la generalidad de los casos.¹⁴

Entonces, ante un hecho controvertido de difícil acreditación, el magistrado no puede exigir una demostración realmente estricta porque en algunas ocasiones, como se pudo apreciar anteriormente, no se cuentan con los elementos probatorios necesarios que generen una convicción absoluta que llegue al grado de una certeza.

Ante la complejidad de la prueba toma mayor relevancia el papel de las presunciones.

Conceptualmente, las presunciones son las consecuencias que el juez deduce de un hecho conocido para determinar la existencia de otro desconocido, y se convierten en verdaderos elementos de prueba cuando por su número precisión y gravedad tienen la entidad suficiente para producir convicción conforme a la sana crítica racional. Todo ello se desprende de lo establecido en el art.163, inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Por su parte, Devis Echandía considera que una presunción es un razonamiento que, parte de un hecho determinado denominado indicio, para luego aplicar el conocimiento surgido de la experiencia común frente al orden normal de ocurrencia de las cosas, posibilitando afirmar la existencia de otro hecho que en definitiva se pretende acreditar. Esos hechos, obviamente, son alegados en los correspondientes escritos postulatorios.¹⁵

Las presunciones pueden ser definidas como la consecuencia de un proceso lógico que tiene en cuenta el modo normal en que ocurren las cosas, y deben estar claramente establecidas en la norma jurídica. En otras palabras, permiten conocer lo desconocido mediante lo que normalmente sucede. Ahora bien, lo que normalmente sucede es la regla, pero pueden existir excepciones que rompen con el normal desarrollo de los hechos. Si lo que normalmente sucede admite excepciones, esto quiere decir que las presunciones también se encuentran condicionadas a ellas por lo que se admite prueba en contrario.

Las presunciones funcionan como un medio para simplificar la realidad material porque determinan que ciertas cuestiones se produjeron de determinada forma evitando un análisis exhaustivo de lo que realmente sucedió.

Se debe tener en consideración que existen dos tipos de presunciones: *iusuris tantum* y las presunciones *iusuris et de iure*. Las primeras admiten prueba en contrario, mientras que las segundas no la admiten.

14 MORELLO, SOSA y BERIZONCE, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados", Editorial Platense. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2005, Tomo V-A, p.178.

15 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Segunda Edición. Editorial Zavallia. Buenos Aires, 1981, Tomo II, p.694.

Dichas presunciones son utilizadas para simplificar la acreditación del vínculo laboral entre el trabajador y el empleador, partiendo de la base de que existe una hiposuficiencia o una desigualdad estructural entre los sujetos involucrados. Las presunciones pueden equilibrar la balanza teniendo en cuenta que el trabajador no se encuentra en las mismas condiciones (en materia probatoria) que el empleador.

Una presunción implica la inversión de la carga de la prueba ya que pone en cabeza de la otra parte la prueba en contrario. Para que una presunción sea considerada procedente se necesita que ciertos indicios ya hayan sido constatados por la parte que los alega.

Por su parte, Bielli y Ordoñez indican que existen presunciones legales y judiciales. Enseñan que las primeras son creadas por el legislador, mientras que las segundas son las derivadas de la valoración judicial del juzgador a partir de la sana crítica.¹⁶

Las presunciones pueden ser valoradas por el juzgador al momento de dictar sentencia y deben ser tenidas en cuenta siempre y cuando se deriven del razonamiento lógico y de circunstancias probadas en las actuaciones. En tal sentido, nunca pueden ser arbitrarias, infundadas o caprichosas teniendo en cuenta que su aplicación depende de lo establecido en una norma jurídica.

La procedencia de una presunción tiene como principal efecto que determinados hechos no deben ser probados.

Desde un punto de vista meramente casuístico, en algunas ocasiones los empleadores apelan al fraude laboral para ocultar una verdadera relación de dependencia o directamente puede tratarse de una relación de trabajo informal. En líneas generales, en esos casos el empleador, ejerciendo su derecho de defensa, procede a negar la relación de trabajo mediante carta documento siempre y cuando sea intimado correctamente, mediante telegrama, por el trabajador. Luego, dicha defensa es sostenida en el marco de un proceso judicial al negar los hechos alegados por la parte trabajadora. En estos casos, las presunciones pueden llegar a ser contundentes para la acreditación de la relación de trabajo que existía, hipotéticamente, entre las partes.

Si bien la prueba testimonial puede ser contundente a la hora de acreditar una relación de trabajo, también puede llegar a apelarse a la prueba electrónica teniendo en cuenta que en el marco de dicha relación pueden utilizarse diversos dispositivos tecnológicos, lo que da lugar a elementos de prueba que pueden llegar a ser ofrecidos en el marco de un proceso judicial laboral. A todo este material probatorio, se debe sumar a las presunciones como la que se encuentra consagrada en el art.23 de la LCT.

Tomando en consideración la naturaleza protectoria de la normativa laboral vigente (régimen legal de contrato de trabajo) y la hiposuficiencia (desigualdad estructural del vínculo jurídico entre el trabajador y el empleador) lo que se traduce en muchas ocasiones en una desigualdad en materia probatoria o en una producción probatoria dificultosa, es sumamente importante el papel que pueden tener las presunciones para la acreditación de la existencia de una relación de trabajo (siempre y cuando sean valoradas junto a otros elementos de prueba).

16 BIELLI y ORDOÑEZ, “*La prueba electrónica*”, Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, 2019, p.539/540

IX. La presunción del art. 23 de la LCT

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

La prestación de tareas hace presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo. Esta presunción es de suma trascendencia porque simplifica la tarea probatoria y la dificultad que se pueda presentar.

Cuando se prueba la prestación de servicios (el trabajo por cuenta ajena) puede presumirse la existencia de un contrato de trabajo (una relación de dependencia).

Si se aplica esta presunción entonces recaerá en el empleador la carga de probar que esos servicios personales no tienen como causa un contrato de trabajo.

Se trata de una presunción *iuris tantum* por lo que admite prueba en contrario. En este sentido, el empleador puede utilizar todos los medios probatorios a los que se refiere el art.50 de la LCT para hacer caer la presunción del art.23.

En este mismo orden de ideas, el empleador deberá demostrar que el hecho de la prestación de servicios está motivado por otras cuestiones que no se relacionan con un contrato laboral.

Para determinar la existencia de un contrato de trabajo el juez debe basarse en el principio de la primacía de la realidad. Es decir que debe primar, por sobre todas las cosas, los hechos o datos objetivos por sobre lo que se encuentra documentado o manifiestan las partes.

Finalmente, siguiendo a Grisolí¹⁷ pueden darse determinados hechos que operan como presunciones a favor del trabajador, en conformidad con el art.23 de la LCT. Es así como el autor menciona:

- Cuando se prestan servicios personales no sustituibles, o se incorpora una persona en una empresa, aunque sea en actividades que, si bien hacen a su giro, no son esenciales;
- Cuando la prestación de las tareas se efectúa en el establecimiento del empleador;
- Cuando una de las partes debe acatar órdenes y cumplir horarios.

X. Presunción del art.55,LCT. Obligación de declarar si los libros son llevados en legal forma

La LCT en su art.55 hace referencia a la omisión de la exhibición de libros, registros y planillas, la que genera la presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que debía figurar en sus asientos.

Los libros y las registraciones contables tienen como misión fundamental la de hacer constar la nómina exacta del personal y su falta de presentación da lugar a la presunción a favor del trabajador con respecto a la fecha de inicio y fin de la relación laboral, como también de la categoría ostentada.

¹⁷ GRISOLÍA. ob. cit., p. 113.

La omisión de llevar los libros de ley faculta al juez a fijar el crédito laboral, siempre y cuando esta cuestión se encuentre controvertida.

XI. Presunción del art.57 de la LCT

El art.57 de la LCT establece otra presunción. Es así como dicho artículo determina que constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo.

Asimismo, dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.

Por lo tanto, se consagra una presunción a favor del trabajador ante el silencio del empleador, siempre y cuando éste último se encuentre correctamente emplazado.

El silencio puede ser interpretado como contrario al principio de buena fe que siempre debe imperar entre los sujetos involucrados.

A su vez, está presunción iuris tantum puede ser desvirtuada por la producción probatoria realizada por el empleador, cuando conteste o se explique al respecto ante un emplazamiento.

Es importante aclarar que este artículo se relaciona con el art.263 del CCCN, ya que el silencio del empleador, frente al emplazamiento del trabajador, importa una manifestación de voluntad con forma de interrogación porque había una obligación de explicarse ante la ley.

La ley también establece que el emplazamiento nunca debe ser inferior a 2 días hábiles. Una vez que esos días transcurren entonces se configura el silencio del empleador. Las presunciones estudiadas pueden ser muy importantes, junto al restante material probatorio incorporado al procedimiento judicial, para formar en el juzgador la convicción suficiente para tomar una decisión.

XII. Los indicios

Según Alsina, los indicios por sí solos no tienen valor probatorio alguno; tal es el caso del rastro, huella o vestigio. Sin embargo, los indicios pueden tomar mayor relevancia cuando tienen la entidad suficiente, a partir de la aplicación de una operación lógica, para inferir la existencia de un hecho desconocido.¹⁸ Puede decirse entonces que los indicios son huellas o rastros que dejan ciertos actos u omisiones realizados por las partes o terceros involucrados en el conflicto planteado ante los estrados.

Los indicios pueden ser relevantes siempre y cuando se relacionen con otros elementos de prueba. En este sentido pueden constituir elementos o piezas muy interesantes que individualmente considerados no forman en el juzgador la convicción suficiente para tomar una decisión. Sin embargo, los indicios considerados en su conjunto pueden ser

¹⁸ ALSINA, Hugo, “*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, Segunda Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, Tomo III,p.683.

muy interesantes, obviamente si se los suma a prueba contundente sobre determinado extremo alegado.

Por ende, estas pequeñas piezas analizadas desde un método inductivo pueden ser aliados indiscutibles de la prueba electrónica.

En este orden de ideas Bielli y Ordoñez han dicho que:

“Un indicio es un rastro, vestigio o circunstancia conocida, que por sí sola no tiene valor alguno, pero que, concatenada con otras, permite conocer o inferir a través de un proceso inductivo la existencia de un hecho no percibido, dando nacimiento a una presunción”.¹⁹

La tarea del magistrado consiste en valorar las presunciones y los indicios en su conjunto y asignarles cierto valor en comparación a los restantes medios probatorios. En otras palabras, deberá someter todo el material del procedimiento, considerado como una unidad, y analizarlo mediante un proceso racional y lógico con la finalidad de tomar una decisión. Asimismo, el magistrado deberá ser flexible a la hora de valorar el material aportado al proceso ya que no puede pretender llegar a una certeza absoluta.

En esta inteligencia, la prueba electrónica podría ser valorada meramente como una prueba indiciaria, pero que considerada en conjunto con los restantes medios probatorios podría llegar a ser realmente eficaz para acreditar un vínculo laboral.

Vale decir que tanto los indicios como las presunciones por sí solos no son suficientes para la acreditación de la existencia de un vínculo laboral. Se necesitan de medios probatorios que generen la convicción suficiente, o por lo menos generen una duda en el juzgador para tomar una decisión razonable, amparada en los hechos, la prueba producida y el derecho.

La prueba electrónica es volátil, es multifacética y puede ser adulterada. Necesita ser conservada de manera sumamente cuidadosa para evitar cualquier manipulación indebida. Ante ello, los magistrados pueden mostrarse un tanto reacios a su incorporación o tener cierta desconfianza. Si la prueba electrónica no resulta ser realmente eficaz para formar la convicción suficiente y motivar una decisión, entonces los indicios pueden ayudar a generarla.

Puede suceder que se quiera probar un hecho determinado (controvertido), y la información necesaria sobre él se encuentra en un correo electrónico utilizado en determinada empresa. Ahora bien, habría que probar que ese correo electrónico era utilizado asiduamente por el demandado. Para lograr ello podrían llegar a utilizarse diversos métodos, pero pueden darse ciertos indicios que tengan que ver con que se envió a diferentes testigos (por ejemplo, proveedores de la empresa) correos electrónicos desde ese casillero. Esto en realidad puede ser valorado como un indicio por parte del magistrado ya que puede resultar difícil probar la autoría mediante la identificación de la dirección IP. Lo analizado en este párrafo constituye un indicio, una pequeña pieza o vestigio que sumado a otros medios de prueba (prueba testimonial, pericial o informativa) puede generar la convicción suficiente en el magistrado.

19 BIELLI y ORDOÑEZ, ob. cit., p. 532.

Vale decir que, a partir del razonamiento lógico, podrán inducirse ciertos hechos o actos realizados o no, por las partes involucradas en el proceso, e incluso por terceros.

La prueba electrónica deberá ser complementada con otros medios probatorios a fin de acreditar lo que la parte pretende o, en caso contrario, generar los indicios suficientes para que se conviertan en presunciones, y sean valoradas por el juzgador al momento de sentenciar.

Ahora bien, la prueba informática, teniendo en cuenta su complejidad y los diferentes desafíos que genera, al fin de cuentas puede constituir prueba indiciaria.

Al momento de valorar las pruebas producidas en las actuaciones el juez debe tener en consideración no sólo la prueba electrónica como tal (la cual puede tratarse de sitios webs, audios, cintas de video grabación, correos electrónicos, conversaciones entre las partes por diversas plataformas, entre otros elementos), sino que también debe tener en cuenta el hardware y software utilizado, mediante el cual se podrá visualizar, reproducir y/o transmitir la prueba electrónica. Esto hace una valoración amplia de los diversos elementos involucrados de naturaleza electrónica. La observancia y el análisis del hardware y/o software permite determinar la mayor o menor confiabilidad del soporte, lo que resultará en una mayor o menor seguridad y eficacia probatoria. Por esta razón, entre otras, resulta sumamente relevante que el juzgador se familiarice con las nuevas tecnologías.

Todo ello puede llegar a generar ciertos indicios que podrán ser considerados por el juzgador al momento de sentenciar, para lograr una sentencia justa y razonable.

XIII. El haz de indicios

El haz de indicios implica descomponer a la dependencia en diferentes elementos y proceder a su discriminación. Dichos elementos pueden ser determinantes o no a la hora de acreditar la existencia de una relación de trabajo.

Algunos elementos podrán no ser determinantes, pero sí pueden apoyar una determinada postura negativa o afirmativa respecto a la existencia de una relación de trabajo.

Entre estos elementos pueden mencionarse: la forma de pago, la capacidad de tomar decisiones organizativas en relación con el trabajo, la posibilidad de tomarse vacaciones o el tiempo en el que se presta determinado servicio.

Esta técnica ha recibido críticas y se la ha considerado como sumamente subjetiva. En este sentido, Ojeda considera que, más allá de la carga subjetiva, esta técnica puede ser de mucha utilidad en la práctica judicial y puede mejorarse a través de una "tesis de razonabilidad", que se vincula directamente con el sentido común del magistrado, poniendo especial énfasis en el principio de la primacía de la realidad.²⁰

Asimismo, la Recomendación 198 del año 2006 de la OIT²¹ establece una serie de linea-

20 OJEDA, Raúl (2009). "*Nuevas fronteras del derecho del trabajo*" en Colección "Temas de Derecho Laboral", Coordinadora: García Vior, Año 2009, N° 2, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2009, p.180.

21 El presente instrumento bajo análisis tiene en cuenta que, en variadas ocasiones, resulta sumamente complejo acreditar la existencia de una relación de trabajo. Esto puede deberse a múltiples circunstancias, como las limitaciones o insuficiencias de la legislación vigente o cuando se encubre una relación de trabajo.

mientos sumamente claros que allanan el camino hacia la consagración de la técnica del haz de indicios. Es así como se estableció en dicha Recomendación lo siguiente: “Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la 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, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Por lo tanto, el haz de indicios puede ser una técnica realmente eficaz para la valoración de la existencia de una relación de trabajo. Entre los elementos indiciarios, se puede mencionar a la prueba electrónica que puede ser valorada como un mero indicio que, tomando en consideración los restantes medios probatorios ofrecidos y producidos, permite formar en el juzgador la convicción suficiente para tomar una decisión razonada.

XIV. Carga dinámica de la prueba

La figura procesal tiende a imponer mayores cargas probatorias aquel sujeto que se encuentra en mejores condiciones para acreditar los hechos necesarios para resolver un caso.

La carga de la prueba señala quién es el obligado a acreditar un hecho determinado en el marco de un proceso judicial.

La carga dinámica de la prueba pone en evidencia que el sujeto que se encuentra en mejores condiciones para aprobar un determinado hecho deberá hacerlo.

Generalmente el empleador es el que se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados extremos, teniendo en cuenta sus condiciones técnicas y económicas en comparación con el trabajador. Por ejemplo, es el empleador el que debe llevar los libros laborales con las formalidades de la ley; por lo tanto se encuentra en mejores condiciones para acreditar los extremos relacionados con aquellos libros.

En rigor de verdad, el empleador debe desplegar durante el desarrollo del proceso judicial una conducta capaz de demostrar un interés en el esclarecimiento de la verdad aportando activamente, es decir de manera voluntaria, los elementos necesarios para acreditar los extremos alegados en los escritos postulatorios. Todo ello se relaciona con la buena fe procesal que debe imperar en el desarrollo de cualquier proceso judicial.

Ante la complejidad probatoria el magistrado también deberá tener en cuenta la conduc-

ta desplegada por las partes durante la sustanciación del proceso, lo cual podría llegar a constituir un elemento de convicción más junto con la prueba producida, las presunciones y los indicios.

En este mismo orden de ideas, el magistrado podrá tomar en consideración el proceder de alguna de las partes durante el proceso, su reticencia o la actitud obstructiva, lo cual podrá tener cierto valor o peso a la hora de analizar el material incorporado al procedimiento laboral.

XV. Principio de primacía de la realidad

Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir lo que ha ocurrido en la realidad material, por sobre las formas, las apariencias o lo que las partes han convenido.

En rigor de verdad, más allá de lo que se encuentre documentado, las partes están unidas por un contrato-realidad. Por lo tanto, se prescinde de las formas que quedan en una en un segundo plano, lo que tiene mayor relevancia son los hechos.

Entonces, sí existen documentos o acuerdos suscritos por las partes se les da mayor preeminencia a los hechos por sobre los documentos. No sucede lo mismo en el derecho civil donde tiene mayor importancia lo pactado por las partes, las que pueden disponer libremente de sus derechos en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

En el art.23 de la LCT se establece que se presume la existencia de un contrato de trabajo por el hecho de la prestación de servicios, salvo que se demostrase lo contrario. Dicha presunción legal le confiere mayor preeminencia a la realidad por sobre lo documentado; por lo tanto lo fáctico resulta ser mucho más gravitante.

Además, en los casos de simulación o fraude laboral también puede aplicarse el principio de primacía de la realidad.

XVI. Los ambientes de trabajo y la tecnología

La tecnología ha impactado profundamente en diferentes ámbitos laborales, de tal forma que muchas relaciones del trabajo actuales se desarrollan en dos realidades: material e inmaterial. Entre dichas realidades, existe una retroalimentación constante.

Es así como de las relaciones laborales de la actualidad se pueden desprender elementos (documentos electrónicos) que pueden ser sumamente útiles para probar determinados extremos.

En esta inteligencia, Grisolíá considera que “las llamadas “nuevas tecnologías”- email, internet, mensajería instantánea, weblogs, cámaras webs, informática en general, etc.- se han incorporado al espacio organizacional de la empresa -y nuestras vidas- desde hace años”.²²

Como se puede apreciar, la tecnología ha impactado profundamente en los ámbitos laborales de tal forma que en la actualidad ciertas actividades no pueden desarrollarse sin la utilización de algún dispositivo tecnológico con acceso a internet.

²² GRISOLÍA, Julio Armando, “Manual de Derecho Laboral”, Edición 2019, Editorial Abeledo Perrot, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, 2019, p.164.

En rigor de verdad, de manera cotidiana en los ámbitos laborales se utilizan diversos dispositivos tecnológicos (PC, tablets, celulares o notebooks) y, específicamente, diferentes aplicaciones con la finalidad de enviar y recibir mensajes relacionados con el desarrollo de la relación de trabajo, lo cual da lugar a ciertos documentos electrónicos y que, luego, pueden ser ofrecidos como prueba electrónica en el marco de un proceso judicial.

De esta forma, pueden utilizarse correos electrónicos o mensajes de WhatsApp para comunicar algunas cuestiones relacionadas con el desarrollo cotidiano del trabajo, lo cual puede ser utilizado como prueba en un potencial proceso judicial laboral. Esto último requiere del planteamiento de una serie de estrategias probatorias para evitar que la prueba sea considerada como improcedente por parte del juzgador.

Todas estas huellas, que pueden extraerse de la realidad inmaterial, funcionan como indicios acerca de la existencia de una relación de trabajo.

