



Costó...pero cambió

Recientemente el Banco de Previsión Social ha decidido abandonar un criterio largamente utilizado por el mismo para calcular las deudas generadas por una empresa cuando este detecta que existe relación laboral en forma encubierta. Esto puede darse en caso de empresas unipersonales, profesionales independientes o relaciones laborales “en negro”.

Hasta ahora, una vez detectada alguna de estas situaciones, aplicaban **el criterio denominado de la “nominalización”**. El mismo implica que los aportes no vertidos al B.P.S. se calculan sobre el monto pagado en la facturación, o sea que toma el líquido (monto recibido por el empleado) y le efectúa una adición equivalente a los aportes personales (jubilatorios, Fondo Nacional de salud y Fondo de Reversión Laboral) y patronales que debió verter la empresa.

Este criterio va claramente en contra del artículo 147 de la ley 16.713 conocido como **“principio de primacía de la remuneración real”** de los dependientes. Según este principio legal los aportes personales se deben calcular como parte de lo efectivamente percibido por el trabajador. Esto hace una diferencia no menor en el cálculo del monto total de lo adeudado. Por ejemplo: si un profesional universitario cobra 100 pesos + iva por mes, el bps calculaba lo adeudado tomando los 100 como sueldo líquido cuando debería tomarlos como nominal.

El **art. 147 de la ley 16713** dice:” Las contribuciones especiales de seguridad destinadas al Banco de Previsión Social se aplicarán sobre las remuneraciones realmente percibidas por los sujetos pasivos de dicho tributo, con la sola excepción de aquellos casos en los que la materia gravada y las asignaciones computables se rijan por remuneraciones fictas”.

En vista de **reiterados y contantes fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo** (órgano jurisdiccional independiente de contralor de la legalidad de los actos administrativos del Estado) que desde el año 2006 anulaban resoluciones del B.P.S. por aplicar estos criterios, optaron por modificar los mismos para empresas unipersonales y profesionales independientes, acercándolos a la legalidad.

Todavía quedan algunos deberes...

Lamentablemente esta nueva reglamentación solo se aplica para el caso de unipersonales y profesionales independiente, en los cuales se constata relación de dependencia, y no **para trabajadores “en negro” o sub-declarados**, distinción que no encuentra amparo en la normativa legal.

A su vez el bps aplica el denominado criterio de lo devengado cuando debería aplicar el **criterio de lo percibido**. ¿Qué quiere decir esto? El B.P.S., para establecer la materia gravada, incorpora rubros que jamás fueron percibidos, en virtud de la naturaleza de la actividad, tales como el aguinaldo, cuando la ley es clara en que solo se deben tomar lo “realmente percibido”.

Esto también tiene consecuencias para el caso de juicios laborales ya que si un juez condena a pagar un determinado monto a una empresa, los aportes se deberán desde el momento de la sentencia, pero el bps los calcula desde el momento que aconteció el hecho en cuestión. El **Tribunal de lo Contencioso Administrativo (T.C.A.)** es claro, constante y uniforme en su **jurisprudencia** al decir: “Que en lo referente a la inclusión de sumas no percibidas por la actora como materia gravable con CESS (contribuciones especiales de la seguridad social), este tribunal ha resultado en repetidas oportunidades que no es acorde a la ley el llamado *criterio de los devengado* que aplica la administración demandada. En efecto, el art. 147 de la ley 16.713 dispone que las CESS deben calcularse sobre las remuneraciones percibidas por los sujetos pasivos; con la sola excepción de las remuneraciones fictas, que no es el caso de autos. Como lo ha sostenido la Corporación con diversos argumentos, el mandato legal es claro e insoslayable respecto a la base de cálculo, no siendo menor el fundamento de que siendo el empleador agente de retención de aquellos tributos, se le imponga retener una detracción sobre rentas laborales no pagadas¹

Otros temas a tener en cuenta.²

Es práctica común del bps que ante **cualquier indicio de relación de trabajo** determinan la misma sin contar con pruebas contundentes. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (T.C.A.) es claro y constante en la materia al establecer que la relación de trabajo que alega el bps debe ser probada fehacientemente por el organismo.

También el T.C.A. ha anulado resoluciones que asimilaban **empleados de empresas tercerizadas** cuando la misma se producía sobre el corazón del negocio (ej. Una empresa de limpieza que sub-contrata a otra empresa de limpieza para cumplir con el servicio). El T.C.A. ha sido claro que siempre debe estarse a las pruebas de cada caso concreto.

Conclusiones.

Resulta de vital importancia para las empresas conocer los criterios que nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo va fijando en esta materia ya que es la única manera de evitar abusos de la autoridad recaudadora, la que, por naturaleza, tiene un enorme afán fiscalista.

¹ Sent. 157/2010 de autos caratulados: “Tylor S.A. con Banco de Previsión Social. Acción de Nulidad. Ficha Nº 793/07.

² Extraído de artículo Diario “El País”, fecha viernes 17/06/2011, de Alberto Barofio, Ferrere Abogados.

Por eso es que recomendamos que al enfrentarse ante situaciones como las planteadas busquen asesoramiento profesional a efectos de no terminar pagando más de los que la ley establece.