

VESTIGIOS DEL TRABAJO DEPENDIENTE A PROPÓSITO DEL ESCRUTINIO JUDICIAL DE UBER TECHNOLOGIES, INC. Y DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC.*

VESTIGES OF DEPENDENT WORK REGARDING
TO THE JUDICIAL SCRUTINY OF UBER TECHNOLOGIES, INC.
AND DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC.
(PROPUESTA DE TRADUCCIÓN)

LES VESTIGES DU TRAVAIL DÉPENDANT Á PROPOS
DU SCRUTIN JUDICIAIRE D'UBER TECHNOLOGIES, INC.
ET DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC.

César Augusto CARBALLO MENA**

*The lady doth protest too much, methinks*¹
William SHAKESPEARE, *Hamlet*

RESUMEN: El presente ensayo divulga los indicadores de subordinación o dependencia contenidos en recientes decisiones judiciales, a propósito del análisis de empresas que incorporan “el trabajo a pedido mediante aplicaciones” (Uber-Dynamex).

Palabras clave: relación de trabajo, contratista independiente, dependencia, subordinación, método tipológico, plataforma tecnológica.

ABSTRACT: The present essay discloses the indicators of subordination or dependence contained in recent judicial decisions, with regard to the analysis of companies that incorporate “work on demand through applications” (Uber - Dynamex).

* Recibido el 1 de agosto de 2018 y aprobado para su publicación el 7 de septiembre de 2018.

** Profesor-investigador y jefe del Departamento de Derecho Social en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Colombia). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela).

¹ Cita inserta —con sorna— por un tribunal laboral de Londres, en juicio incoado por *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.*, para aludir a la sobreabundante jerigonza de las sociedades accionadas describiendo el vínculo comercial trabado con los conductores (accionantes) y sus pasajeros (sentencia del 12 de octubre de 2016, *Case Nos 2202551/2015 & Others*).



Keywords: Working relationship; independent contractor; dependency; subordination; typological method; technological platform.

RÉSUMÉ: Cet essai expose les indicateurs de subordination ou de dépendance contenus dans les décisions judiciaires récentes, en ce qui concerne l'analyse des entreprises qui intègrent le «travail à la demande par applications» (Uber-Dynamex)

Mots-clés: Relation de travail; entrepreneur indépendant; dépendance; subordination; méthode typologique; plate-forme technologique.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Síntesis de criterios expuestos en el caso Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (2015). III. *Síntesis de criterios expuestos en el caso Dynamex Operations West, Inc.* IV. *The Superior Court of Los Angeles County* (2018). V. *Metodologías aplicadas.* VI. *Test de laboralidad en la jurisprudencia venezolana.* VII. *Corolario.*

I. INTRODUCCIÓN

La palabra “vestigio”² proviene del latín *vestigium* y tiene los siguientes significados: “huella”; “memoria o noticia de las acciones de los antiguos que se observa para la imitación y el ejemplo”; “ruina, señal o resto que queda de algo material o inmaterial”; “indicio por donde se infiere la verdad de algo o se sigue la averiguación de ello”.

Las fronteras de la relación de trabajo son áreas de intensa y perpetua tensión. Bajo una perspectiva binaria, un milímetro de terreno puede significar la forzosa aplicación del régimen normativo concebido para proteger la integridad física, psíquica y moral del prestador de servicios o, por el contrario, la expulsión de sus confines y sujeción al imperio de la autonomía de la voluntad.

Extrañar una determinada modalidad de servicios personales del ámbito de la relación de trabajo libera al beneficiario de los costos asociados a la legislación del trabajo y seguridad social, y suprime —o, por lo menos, atenúa— el

² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=bbcvmIT>.

riesgo de interactuar con sujetos sindicales que defienden y promueven intereses de clase o categoría.

La circunstancia apuntada opera como móvil tanto del encubrimiento de la relación de trabajo mediante simulación de vínculo de naturaleza disímil como del tendencial descarte de dicha relación —por parte del contratante de los servicios— en el supuesto de interacciones objetivamente ambiguas o penumbrosas.

En este contexto, un estudio publicado en 2000 por el Departamento de Trabajo de Estados Unidos, con base en la auditoría de empresas ubicadas en nueve estados, reveló que entre diez y treinta por ciento de los patronos yerran la clasificación de alguna porción de sus trabajadores al considerarlos como contratistas independientes.³ Atendiendo a este fenómeno, veintidós estados reformaron su legislación —entre 2004 y 2012— para rigidizar las condiciones de reconocimiento del estatus de contratista independiente, mejorar los mecanismos de aplicación de la normativa laboral, y/o robustecer las medidas sancionatorias en caso de incorrecta clasificación de trabajadores.⁴ Aún así, el Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos manifestó, en un informe del 14 de junio de 2013,⁵ que millones de trabajadores siguen indebidamente calificados por sus patronos como contratistas independientes.

En el escenario apuntado se insertan dos recientes fallos emanados de altos tribunales de California (Estados Unidos) donde se escruta la naturaleza jurídica de los servicios prestados por transportistas privados de personas (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Bernwick*),⁶ y repartidores de paquetes y documentos (*Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*),⁷ calificados convencionalmente como contratistas independientes.

³ Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, “ABC on the Books and in the Courts: an Analysis of Recent Independent Contractor and Misclassification Statues”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 18, p. 55. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc>.

⁴ *Ibidem*, pp. 55-60.

⁵ Treasury Inspector General for Tax Administration, *Employers do not Always Follow Internal Revenue Service Worker Determination Rulings*, 2013. Disponible en: <http://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2013reports/201330058fr.pdf>.

⁶ Sentencia del 16 de junio de 2015 (caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California).

⁷ Sentencia del 30 de abril de 2018 (S222-732), dictada por la Corte Suprema de California.

Destaca en ambos casos que, a pesar de la calificación contractual y la aparente autonomía en cuanto a la forma de ejecución del servicio y los medios a tal fin empleados, los órganos judiciales declararon la existencia de relaciones de trabajo atendiendo a *vestigios* tales como la inserción del prestador de servicios en la organización empresarial a cargo del contratante,⁸ en cuya esfera —además— se implementaron eficaces métodos de control mediante plataformas tecnológicas.

Los aludidos criterios judiciales ofrecen una aproximación rasante, por un lado, al “trabajo a pedido mediante aplicaciones”,⁹ y por el otro, al —complejo— método tipológico implementado en Estados Unidos para reconocer la existencia de relaciones de trabajo (test de control sobre la ejecución del trabajo, y sus variantes), cuya alternativa —más simple y cónsona con el propósito tutelar de la legislación laboral— encarna en el test ABC, caracterizado por la presunción de relación de trabajo entre el prestador del servicio y quien lo recibe, y la consecuente carga de éste de desvirtuarla mediante la prueba de tres rasgos concurrentes: ausencia de control y dirección sobre la ejecución del trabajo, independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, y precedentes empresariales del prestador del servicio.

El apuntado modelo tipológico contrasta con la alternativa de subsumir el vínculo analizado en los presupuestos que el ordenamiento jurídico atribuya a la relación de trabajo,¹⁰ esto es, comúnmente, carácter personal, productivo (o remunerado), y dependiente o subordinado.¹¹ En este caso, el juzgador a

⁸ En términos análogos al indicador previsto en el párrafo 13.a de la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (2006): “el hecho de que el trabajo... implica la integración del trabajador en la organización de la empresa”.

⁹ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, OIT, 2017, p. 39. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf.

¹⁰ La relación de trabajo alude al vínculo existente entre una persona natural, comúnmente denominada *trabajador*, y otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *empleador* o *patrono*, a quien aquella proporciona su esfuerzo personal bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. OIT, *La relación de trabajo*, Ginebra, OIT, 2006, párrafo 5. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.

¹¹ Otras expresiones análogas: dependencia permanente y dirección inmediata o delegada (Costa Rica); dependencia continuada y dirección inmediata o delegada (Guatemala); dependencia y dirección inmediata o delegada (República Dominicana); bajo la dirección y autoridad del empleador (Portugal, Benín, Burkina Faso, Congo, Gabón, Níger y Ruanda); bajo la dirección y supervisión del empleador (Finlandia); bajo la dirección o supervisión del empleador (Bahréin y Qatar); bajo la dirección y control del empleador (Túnez); bajo la dirección del empleador (Marruecos); bajo órdenes del empleador (Angola y Botsuana); y de

partir de presupuestos normativos abstractos deduce la naturaleza laboral de la interacción bajo examen.

A este respecto, cabe reseñar —por su carácter excepcional en la esfera latinoamericana— que en el sistema venezolano de justicia laboral, si bien es la subsunción la técnica que corresponde aplicar para declarar la existencia de la relación de trabajo, jurisprudencialmente se ha impuesto recurrir a un test tipológico —análogo al observado por los tribunales de los Estados Unidos— en casos complejos u objetivamente ambiguos. Ciertas falencias metodológicas¹² recomiendan revisar el contenido, alcance y ponderación del referido test de laboralidad, y de allí la conexión con el estudio de las sentencias abordadas en el presente ensayo.

En el contexto descrito, los próximos párrafos tendrán por objeto:

- Exponer una síntesis de los *vestigios* de subordinación o dependencia contenidos en las sentencias dictadas en los casos *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Bervick* (2015)¹³, y *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County* (2018);
- Destacar los rasgos fundamentales de la metodología tipológica aplicada para discernir, en los casos antes referidos, la naturaleza jurídica de las modalidades de prestación personal de servicios: test de control y test ABC; y
- Contrastar dicha metodología con el test de laboralidad, confeccionado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela) en sentencia 489 del 13 de agosto de 2002, aplicado pacífica y diuturnamente desde entonces.

acuerdo con las instrucciones y bajo el control del empleador (Eslovenia). OIT, *La relación de trabajo*, op. cit., p. 20.

¹² Carballo Mena, César Augusto, *Relación de trabajo: la técnica del test de laboralidad*, Caracas, UCAB, 2016, pp. 160-166.

¹³ También se alude en el presente ensayo, entre otras, a las sentencias del 11 de marzo de 2015 (*No. C-13-3826*), emanada de la Corte de Distrito; N.D. (California, Estados Unidos en juicio incoado por *Douglas O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*; del 12 de octubre de 2016 (*Case 2202551/2015 & Others*), dictada por Tribunal Laboral de Londres - Subregión Central (Reino Unido), en juicio incoado por *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.*, y del 13 de febrero de 2017 (*Processo 0011359-34.2016.5.03.0112*), proferida por el juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*

II. SÍNTEISIS DE CRITERIOS EXPUESTOS
EN EL CASO UBER TECHNOLOGIES, INC.
Y RASIER CA-LLC V. BARBARA BERWICK (2015)

1. Rasgos relevantes de la interacción analizada

Rasier CA-LLC (Rasier) tiene por objeto comercial la provisión de una aplicación tecnológica para teléfonos móviles —desarrollada por Uber Technologies, Inc. (Uber)— que permite conectar al público en general con los —denominados convencionalmente— proveedores independientes de servicios de transporte (proveedores) incorporados al sistema. Si algún proveedor careciese de teléfono móvil compatible con dicha aplicación, el mismo sería provisto por Raiser-Uber, previo depósito en garantía.¹⁴

Los proveedores pueden aceptar, rechazar o escoger entre los diversos requerimientos que reciban mediante la referida plataforma tecnológica.

En ningún caso los proveedores pueden prestar servicios por interpuesta persona sin la previa autorización de Raiser-Uber, toda vez que el contrato reviste carácter *intuitu personae*.¹⁵

El vehículo para la prestación de los servicios de transporte debe ser aportado por el proveedor y aprobado por Raiser-Uber, atendiendo a condiciones tales como antigüedad inferior a diez años y adecuado funcionamiento.¹⁶ En ningún caso Raiser-Uber reembolsa gastos relativos al funcionamiento de tales vehículos.

El proveedor, además de portar licencia de conducir y registrarse —como transportista privado— ante la Comisión de Servicios Públicos de California, debe contratar una póliza de seguro por daños a terceros con cobertura de por lo menos un millón de dólares americanos.

El usuario del servicio de transporte paga el importe correspondiente a Raiser-Uber, y dichas sociedades, una vez apropiada la cuota que les corres-

¹⁴ En sentencia del caso *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.* (2016) se señala, en el mismo sentido, que los conductores que poseen *smartphones* gozan de libre acceso a la aplicación tecnológica; mientras que aquellos que no, pueden rentarlos a Uber a cambio del pago de una tarifa mensual equivalente a cinco libras esterlinas (párrafo 46).

¹⁵ En la sentencia dictada en el caso *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.* (2017), se destacó el carácter infungible o *intuitu personae* del prestador de servicios.

¹⁶ En la sentencia dictada en el caso *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.* (2016) se menciona además la preferencia por vehículos de color negro o plateado (párrafo 44).

ponde percibir como contraprestación por la plataforma tecnológica facilitada, transfieren el resto al respectivo proveedor, según tarifa y cronograma de pago previamente acordados.

No consta —contractualmente— que Raiser-Uber ejerza control sobre las horas trabajadas por el proveedor ni que éste deba garantizar un número mínimo de servicios de transporte. Sin embargo, la aplicación facilitada por Raiser-Uber expira automáticamente si transcurrieran ciento ochenta días sin que el proveedor preste servicios de transporte.¹⁷

Raiser-Uber advierte a usuarios y proveedores que resulta improcedente el pago de propinas.¹⁸

Por último, Raiser-Uber aplica procesos de control de calidad a proveedores y usuarios del servicio.¹⁹

2. Motivaciones para decidir

La controversia se circunscribe a determinar si la relación jurídica trabada entre las partes revistió naturaleza laboral o mercantil. A tal fin corresponde aplicar el test de control, es decir, el catálogo de indicadores estimados relevantes por la Corte Suprema de California (Estados Unidos) en el caso *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989): a) si el prestador de servicios está involucrado en una ocupación o negocio distinto del contratante o pretendido patrono; b) si el trabajo ejecutado es parte del negocio regular del contratante o pretendido patrono; c) si el contratante o el prestador del servicio proveen instrumentos, herramientas y/o facilidades locativas requeridos para realizar el trabajo; d) si el pretendido trabajador invierte en equipos o materiales requeridos para su tarea, o en la contratación de ayudantes; e) si el servicio prestado requiere alguna habilidad especial; f) si, en la localidad, el

¹⁷ En este supuesto, el proveedor independiente de servicios de transporte podría tramitar la reactivación de la aplicación ofrecida por Raiser-Uber.

¹⁸ Esta misma circunstancia aparece referida (párrafo 22) en la sentencia del caso *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.* (2016). En la sentencia dictada en el caso *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.* (2017) se destacó, además, la prohibición a los conductores de entregar tarjetas personales a los usuarios del servicio.

¹⁹ “Ambas partes son alentadas a calificar a la otra con *estrellas*, siendo una (1) sinónimo de mala experiencia y cinco (5) equivalente a la mejor experiencia concebible. Un proveedor de servicios de transporte debe mantener un promedio de, por lo menos, 4,6 *estrellas*. Si el promedio se redujese las demandantes suspenderían la aplicación, tanto respecto del proveedor de servicios de transporte como del usuario” (pp. 5 y 6).

trabajo generalmente se realiza bajo la dirección del contratante o, en su defecto, por un especialista sin supervisión (tipo de ocupación); g) si el pretendido trabajador afronta la posibilidad de obtener ganancias o sufrir pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; h) duración del trabajo ejecutado; i) grado de estabilidad del vínculo; j) método de pago, ya sea por unidad tiempo o por unidad de obra, y k) si las partes estiman —o no— estar vinculadas por una relación de trabajo.²⁰

Como precedente relevante se destaca la decisión dictada en *Yellow Cab Cooperative v. Workers Compensation Appeals Board* (1991), en cuyo ámbito se determinó la existencia de una relación de trabajo considerando que el contratante detentó pleno control sobre la totalidad de la operación, la actividad del prestador de servicios formó parte indisociable de dicha operación, y la naturaleza del servicio hizo innecesario mantener control estricto sobre su modo de ejecución.²¹

En el caso concreto sometido a resolución judicial se observa que las demandadas, a los fines de captar clientes y proveerles conductores privados, aglutinan todo el control necesario sobre la operación globalmente considerada.²² En este sentido, la parte que pretenda evitar responsabilidades habría de soportar la carga de probar que las personas de cuyos servicios ha

²⁰ Lo cual puede resultar pertinente, aunque en ningún caso determinante, puesto que la existencia de una relación de trabajo refiere a una cuestión legal basada en pruebas objetivas.

²¹ En este mismo sentido, se destaca que en *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989) se asentó lo siguiente: “El mínimo grado de control que el empleador ejerció sobre los detalles del trabajo no fue considerado relevante porque el trabajo no requería un alto grado de destreza y formaba parte integrante del negocio desarrollado por aquél”.

²² En sentido análogo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia del 20 de diciembre de 2017 (caso C-434/15), concluyó que “el servicio de intermediación de *Uber [Systems Spain, S.L.]* se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por el otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores... Por consiguiente, debe considerarse que *este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte...*” (cursivas nuestras).

^{En} el mismo orden de ideas, en la sentencia correspondiente al caso *Douglas O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.* (2015) se destacó —demoledoramente— lo siguiente: Uber diseñó un método de *software* para conectar a los conductores con los pasajeros, pero ello configura simplemente una herramienta utilizada en el contexto de su negocio principal. Uber no solo vende *software*, vende traslados. Uber no es una *compañía de tecnología* así como no lo son, por ejemplo, Yellow Cab solo porque use radios CB para despachar taxis, John Deere porque use

dispuesto son contratistas independientes en lugar de trabajadores (bajo su dependencia).²³

En consecuencia, procede la declaratoria de existencia de relación de trabajo cuando el servicio prestado forme parte integrante del negocio regular del beneficiario:²⁴

El trabajo ejecutado por la demandante se inserta en el negocio de las demandadas. Las demandadas desarrollan el negocio de provisión de servicios de transporte a los pasajeros. La demandante prestó servicios de transporte a dichos pasajeros. Sin conductores, tales como la demandante, el negocio de las demandadas no existiría (p. 8).

Las demandadas se asumen como simples proveedoras de una plataforma tecnológica diseñada exclusivamente para facilitar, en el ámbito del negocio de transporte privado, la conexión entre conductores y pasajeros. La realidad, no obstante, es que éstas aparecen involucradas en todos los aspectos de la referida operación:

- 1) Aprueban a los conductores que aspiran incorporarse al negocio (y al personal que éstos eventualmente contraten), quienes deben suministrar información sobre antecedentes personales, registro en el Departamento de Vehículos Automotores (California), cuenta bancaria, residencia, y número de seguridad social;
- 2) Las demandadas controlan tanto el instrumento fundamental de trabajo (el vehículo debe ser previamente registrado, funcionar adecuadamente y acumular una antigüedad que no exceda de diez años),²⁵ como el desempeño del conductor (mediante un índice de aprobación por parte

computadoras y robots para fabricar cortacéspedes, o Domino Sugar porque use modernas técnicas de riego para cultivar su caña de azúcar.

²³ El Código de Trabajo de California, secciones 2750.5 y 3357, consagra la presunción del carácter laboral de toda prestación personal de servicios.

²⁴ *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989).

²⁵ En la sentencia comentada se destaca: aunque las demandadas, en lo referente al control sobre los vehículos utilizados por la demandante, arguyeron haber aplicado los niveles de calidad imperantes en la industria (*industry standards*), no queda claro a qué otra industria, distinta a la del servicio de taxis, podrían referirse.

- de los usuarios, de cuyo resultado se hace depender la continuidad del vínculo contractual);^{26 27}
- 3) Los pasajeros pagan a las demandadas la tarifa establecida por el traslado, y éstas, a su vez, transfieren a los conductores el importe —no negociable— por el servicio prestado.²⁸
 - 4) Las demandadas desalientan la aceptación de propinas por parte de los conductores, de conformidad con su estrategia publicitaria y de mercadeo.
 - 5) Los únicos activos de la demandante son su trabajo personal —que no involucra habilidades gerenciales que afecten sus ganancias o pérdidas— y su vehículo. Más allá del vehículo, la demandante carece de inversiones en el negocio, y
 - 6) Las demandadas proveen la aplicación para *iPhone*, esencial para la ejecución del trabajo.

En conclusión, con base en los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, se declara que la demandante ostentó el estatus de trabajadora al servicio de Raiser-Uber.

III. SÍNTESIS DE CRITERIOS EXPUESTOS EN EL CASO DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC. V. THE SUPERIOR COURT OF LOS ANGELES COUNTY (2018)

1. Rasgos relevantes de la interacción analizada

Dynamex Operations West, Inc. (Dynamex) es una compañía de mensajería y reparto de paquetes que opera a nivel nacional. Dicha sociedad, en 2004,

²⁶ Si el conductor obtiene un índice de aprobación de desempeño inferior a 4.6 *estrellas*, queda suspendido su acceso a la aplicación tecnológica.

²⁷ En la sentencia correspondiente al caso *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*, 2017, se destacan, como manifestaciones de control sobre la ejecución del trabajo, la existencia de un “código de conducta” y la aplicación de “evaluaciones en forma de notas y de las quejas de los consumidores del servicio”. “Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco el sometimiento a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie. En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser excluido”.

²⁸ Si el pasajero cancela el viaje cuando el conductor ya ha arribado al sitio donde debe recogerlo, las demandadas pueden negociar con el pasajero el pago por el servicio. En todo caso, el conductor no tiene asegurado dicho pago y está excluido de la negociación con el pasajero.

reconvirtió a sus conductores, reconocidos hasta entonces como trabajadores, en contratistas independientes. Bajo esta nueva política, los conductores proporcionan su propio vehículo y soportan plenamente los gastos causados por transporte (gasolina, peajes, mantenimiento del vehículo, póliza de seguro de responsabilidad, etcétera), impuestos, y póliza de seguro por compensaciones laborales.

Dynamex capta sus propios clientes y establece unilateralmente las tarifas por el servicio de mensajería y reparto. También negocia la retribución que se pagará a los conductores de forma individual. Los conductores asignados a una flota o ruta programada por Dynamex cobran una tarifa plana o una cantidad basada en un porcentaje de la cuota de entrega que Dynamex recibe del cliente.

Los conductores están en libertad de fijar su propio horario, pero deben notificar a Dynamex los días en que estarán disponibles para prestarle servicios. Asimismo, pueden rechazar las entregas que le sean asignadas, siempre que lo adviertan oportunamente a Dynamex a los fines de que ésta pueda sustituirlos.

Los conductores que prestan servicios por requerimiento están obligados a obtener y pagar la renta de un teléfono celular de *Nextel*, a través del cual mantengan contacto con Dynamex. A tales conductores se les asignan servicios a discreción de Dynamex, sin garantía de número o condiciones específicas.

Los conductores deben usar —soportando los costos respectivos— insignias y camisas de Dynamex y, eventualmente, fijar en sus vehículos calcomanías de Dynamex y/o del respectivo cliente.

En ausencia de convenio entre Dynamex y el cliente, los conductores son generalmente libres de fijar su propia secuencia y ruta de entrega, siempre que completen la totalidad de las asignaciones diarias.

Los conductores no prestan servicios para Dynamex en condiciones de exclusividad, y pueden, además, contratar otras personas para hacer las entregas asignadas por dicha sociedad mercantil.

Por fin, los conductores son normalmente contratados por tiempo indefinido, aunque Dynamex se reserva la facultad de rescindir sin justa causa el contrato mediante aviso conferido con tres días de antelación.

2. *Precedentes judiciales*

A. *Test de control (a la luz del derecho común)*

El criterio fundamental para declarar la existencia de una relación de trabajo, desde la perspectiva del derecho común y con objeto de establecer la

responsabilidad del dueño por hecho del sirviente, consistió en determinar si la persona a quien se presta el servicio personal ejerce el control sobre la forma y medios de alcanzar el resultado deseado.²⁹

Adicionalmente, los tribunales incorporaron una serie de factores secundarios estimados relevantes para delimitar entre trabajadores (dependientes) y contratistas independientes: a) derecho del contratante a extinguir unilateralmente y sin causa el vínculo jurídico; b) identidad entre la ocupación o negocio del prestador del servicio y del contratante; c) tipo de ocupación, con referencia a si en la localidad el trabajo se realiza bajo la dirección del contratante o de un especialista sin supervisión; d) habilidades o destrezas necesarias para desempeñar la respectiva ocupación; e) suministro de instrumentos, herramientas y facilidades locativas; f) duración del trabajo que debe ejecutarse; g) método de remuneración, es decir, por unidad de tiempo o por unidad de obra; h) si el trabajo es parte de la actividad regular del beneficiario; e i) si las partes creen estar vinculadas por una relación de trabajo.³⁰

B. Test para la delimitación entre trabajadores y contratistas independientes (S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations, 1989)

Se analizó el caso del servicio de cosecha de hortalizas, ejecutado sin control directo del beneficiario, con retribución según el resultado, y contractualmente al margen de una relación de trabajo.

A los fines de la aplicación del test de control, destacó que los factores que lo componen no pueden ser aplicados “mecánicamente” como si fueran evaluaciones independientes. Por el contrario, dichos factores se encuentran entrelazados y su peso depende a menudo de específicas combinaciones.³¹

Destaca la trascendencia de la finalidad tuitiva de la legislación sobre compensaciones por lesiones de origen laboral y su influjo sobre el mecanismo de delimitación entre trabajadores y contratistas independientes: “La naturaleza del

²⁹ Por ejemplo: *Tieberg v. Unemployment Ins. App. Bd.* (1970); *Isenberg v. California Emp. Stab. Com.* (1947); *Perguica v. Ind. Acc. Com.* (1947), y *Empire Star Mines Co. v. Cal. Emp. Com.* (1946).

³⁰ En aplicación de dichos criterios, la Corte Suprema de California declaró *trabajadores* a guionistas de televisión (*Tieberg v. Unemployment Ins. App. Bd.*, 1970) y jinetes de caballos de carrera (*Isenberg v. California Emp. Stab. Com.*, 1947), y *contratistas independientes* a quien ejecutó, en beneficio de un granjero, trabajos de revestimiento exterior de un nuevo inmueble (*Perguica v. Ind. Acc. Com.*, 1947) y al arrendatario de una mina (*Empire Star Mines Co. v. Cal. Emp. Com.*, 1946).

³¹ Refleja el carácter indiciario de los múltiples factores integrantes del test.

trabajo y el acuerdo global entre las partes debe ser examinado para determinar si encajan en la tradición y propósitos fundamentales de la legislación” (p. 26).

Refiere al Código de Trabajo de California, cuya sección 2750.5 prevé la presunción del carácter laboral de toda prestación de servicios, susceptible de enervación mediante la prueba concurrente de los siguientes extremos: a) que el individuo tiene el derecho a controlar y discernir el modo de ejecutar el contrato de servicios en el que el resultado de la obra y no el medio por el que se logra es el factor principal de lo convenido; b) que el individuo habitualmente se dedica a un negocio establecido independientemente, y c) que el estatus de contratista independiente es *bona fide* y no un subterfugio para evitar la condición de trabajador (dependiente).

Advierte sobre el test de seis factores (sobre realidad económica) que en otras jurisdicciones se aplica para determinar el estatus de contratista independiente a la luz de los objetivos compensatorios de la legislación: a) control detallado del servicio; b) oportunidad del presunto trabajador para obtener ganancias o sufrir pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; c) inversión del presunto trabajador en equipos o materiales necesarios para ejecutar su tarea, o en la contratación de ayudantes; d) si el servicio requiere una habilidad especial; e) el grado de estabilidad del vínculo analizado, y f) si los servicios prestados constituyen una parte integral del negocio del patrono presunto.

Declara que para determinar si el prestador de servicios debe clasificarse como trabajador o contratista independiente, atendiendo al propósito y alcance de la legislación protectora, resulta admisible considerar los factores referidos anteriormente por los tribunales de California (test de control), la presunción de laboralidad prevista en la sección 2750.5 del Código de Trabajo, y el test de seis factores acogido por órganos judiciales de otros estados.

Concluye —en el caso concreto— que los demandantes deben ser considerados trabajadores a la luz de cualquiera de los criterios expuestos, toda vez que el agricultor accionado controla íntegramente las operaciones: adquisición de semillas, siembra, provisión y aplicación de fertilizantes, fumigación contra insectos, oportunidad de cosechar, suministro de empaques, distribución, y fijación del precio de venta. En este ámbito, el trabajo manual ejecutado por los demandantes, aunque arduo y metódico, no requiere particulares destrezas, hasta el grado de que sólo puede ejecutarse correctamente de una única manera, razón por la cual la supervisión y disciplina directas sobre los trabajadores resultan innecesarias. Asimismo, los demandantes sólo aportan su trabajo personal y carecen de oportunidades gerenciales que influyan sobre

sus eventuales ganancias o pérdidas económicas. Por último, resulta imperativo desechar la previsión contractual que niega la condición de trabajadores de los prestadores de servicios, en atención al carácter de orden público que exhibe la normativa sobre compensaciones por lesiones laborales y la inexistencia de datos fácticos que avalen dicha declaración.

C. *Nociones de emplear y empleador (Martínez v. Comb, 2010)*

Según la sección 1194 del mandato 14-2000 sobre remuneración, horas y condiciones de trabajo en la agricultura, emanado de la Comisión de Bienestar Industrial (*Industrial Welfare Commission*) de California, *emplear (employ)* supone contratar (trabar relación de trabajo), tolerar o permitir trabajo en beneficio propio;³² y *empleador (employer)* alude a quien emplea o ejerce control sobre las remuneraciones, horas o condiciones de trabajo de otra persona.

En definitiva y descomponiendo los conceptos antes transcritos, emplear a una persona bajo régimen laboral abarca tres nociones *alternativas*: a) ejercer control sobre remuneraciones, horas o condiciones de trabajo, o b) tolerar o permitir trabajo en beneficio propio, o c) trabar relación de trabajo según los criterios imperantes en el derecho común.

3. *Motivaciones para decidir*

A los fines de diferenciar entre trabajadores y contratistas independientes, en la esfera de la normativa sobre compensaciones laborales, conviene aplicar el criterio —de mayor latitud— de *tolerar o permitir el trabajo en beneficio propio*, el cual entraña, a la luz de su tradición y objetivo,³³ la presunción de la existencia

³² En términos análogos a la Ley [Federal] de Estándares de Trabajo Justo (*Fair Labor Standards Act*), sección 203.g.

³³ El criterio original se asocia a la normativa prohibitiva del trabajo infantil adoptada en los Estados Unidos entre 1904 y 1912, destacando la responsabilidad del dueño que *permite* el trabajo de niños en el ámbito de la actividad o empresa a su cargo, aun cuando pudiera refutar —bajo los criterios del derecho común— la existencia de una relación de trabajo (*Martínez v. Comb*, 2010). En este sentido, la Keating-Owen Child Labor Act (1916) previó: “...no producer, manufacturer, or dealer shall ship or deliver for shipment in interstate or foreign commerce, any article or commodity the product of any mine or quarry situated in the United States, in which within thirty days prior to the time of the removal of such product therefrom children under the age of sixteen years have been employed or *permitted to work*...” (cursivas nuestras).

de la relación de trabajo³⁴ y, por tanto, la carga del contratante de desvirtuarla mediante la *concurrencia* de los siguientes indicadores (test ABC):³⁵

- a) El prestador de servicios está libre —contractual y fácticamente— del control y dirección del contratante sobre el desempeño de su trabajo. Como se destacó en *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989), más que el control sobre la forma y medios de ejecución del servicio, refiere a la conservación del control necesario sobre la operación, es decir, al que se sometería, en el contexto específico, a trabajadores dependientes.
- b) El prestador de servicio ejecuta un trabajo que está fuera del curso habitual del negocio del contratante.

Como se advirtió en *Martínez v. Comb* (2010), el objetivo es reconocer estatus de trabajador a quien preste servicios personales en el ámbito de la actividad productiva ordinaria o negocio del contratante, ejerciendo un rol más propio de un trabajador (dependiente) que de un típico contratista independiente.

Con el ánimo de ilustrar el alcance del criterio expuesto, se ofrecen ejemplos contrastantes: si en una compañía de ventas al detal se contrata a un plomero para reparar una fuga en un baño ubicado en sus instalaciones o con un electricista externo para instalar una nueva línea eléctrica, tales servicios no forman parte del curso habitual del negocio del contratante, y, por tanto, no podrá considerarse que éste haya tolerado o permitido que el plomero o el electricista presten servicios como trabajadores; en cambio, si una compañía fabricante de ropa contrata costureras —que trabajan en casa— para confeccionar vestidos a partir de telas y patrones suministrados por dicha compañía y que ésta luego vende a sus clientes, o cuando una panadería contrata decoradores de pasteles para trabajar regularmente en el diseño personalizado

³⁴ El artículo 2, sección 3357, del Código de Trabajo de California, consagra la presunción del carácter laboral de toda prestación personal de servicios: “toda persona que preste servicios para otra, en tanto no sea contratista independiente, o fuese expresamente excluida por el presente instrumento, se presume trabajadora”.

³⁵ Aunque se señala que el test ABC fue diseñado en 1935 en el edo. de Maine, fue sólo a partir de 2004, con la reforma normativa introducida en Massachusetts, cuando se extendió su aplicación, aunque con múltiples variaciones y generalmente circunscrito a ciertos fines (impuestos, horarios y remuneraciones, indemnizaciones laborales, o seguro de desempleo) o industrias. Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Véase, por ejemplo, New York’s Construction Industry Fair Play Act.

de sus pasteles, dichos servicios forman parte de la operación habitual del negocio de la contratante y, por tanto, se asume que ésta toleró o permitió que tales servicios fueran prestados como si se tratara de trabajadores.

- El prestador del servicio está habitualmente involucrado en la ejecución independiente de una actividad comercial, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante, lo cual supone que, de manera independiente, el prestador de servicios decidió emprender un negocio propio, cumpliendo con las formalidades y ejecutando los actos que resultasen pertinentes, tales como licencias, publicidad, ofertas de servicio al público en general o a ciertos clientes potenciales, sede, etcétera.

En suma, atendiendo al criterio de *tolerar o aceptar trabajo en beneficio propio*, se declarará la existencia de la relación de trabajo, a fines de la normativa sobre compensaciones laborales, a menos que el sujeto contratante pruebe los tres extremos del test ABC; es decir, que el prestador del servicio carece, contractual y fácticamente, de control y dirección sobre el desempeño de su trabajo; que el trabajo está fuera del curso normal del negocio del contratante, y que el prestador del servicio se dedica habitualmente a ejecutar, de modo independiente, una actividad, ocupación o negocio de naturaleza análoga al servicio analizado.

El criterio de *tolerar o aceptar trabajo en beneficio propio*, en los términos antes expuestos, resulta, por un lado, más cónsono con la tradición y objetivo fundamental de la normativa sobre compensaciones laborales, y por otro, más claro, consistente y refractario a manipulaciones —contrarias a los intereses de los trabajadores,³⁶ los competidores de buena fe,³⁷ y el público en general—³⁸ que los tests o criterios que imponen la aplicación, análisis y sopeso, caso por caso, de múltiples y disímiles factores.³⁹

³⁶ Excluidos arbitrariamente del ámbito personal de aplicación de la normativa protectoria.

³⁷ Afectados por los competidores desleales que abaratan costos mediante la inobservancia de la legislación protectoria e impositiva en materia laboral.

³⁸ Que debe soportar, a través del pago de impuestos, costos de seguridad y salud que sólo atañen a los respectivos patronos.

³⁹ En este sentido, la Comisión sobre el Futuro de las Relaciones entre Trabajadores y Empresarios (1996) recomendó simplificar y uniformar la definición de *trabajador* a los fines de las diversas leyes laborales para reducir la confusión y frenar el abuso en la clasificación como contratistas independientes de quienes, en realidad, deben considerarse trabajadores

Aplicado el criterio de *tolerar o aceptar trabajo en beneficio propio* al caso concreto, se observa que resulta imposible para la accionada probar el segundo indicador del test ABC, toda vez que existe plena identidad entre la actividad ejecutada por los demandantes y el objeto del negocio de Dynamex; es decir, los servicios de mensajería y reparto. En este sentido, Dynamex capta la clientela para los servicios de mensajería y reparto, estipula las tarifas, notifica a los conductores donde recoger y entregar los paquetes, hace seguimiento a los paquetes, e impone a los conductores la utilización de su sistema de seguimiento y registro permanente.

Tampoco le resulta posible a Dynamex probar el tercer indicador del test ABC, siendo que los conductores no fueron reconocidos como trabajadores hasta 2004, y a partir de entonces, bajo un nuevo esquema de negocio, calificados como contratistas independientes, aunque continuaron prestando servicios en beneficio exclusivo de la demandada y sin contratar para ello a trabajadores bajo su dependencia.

Por las razones expuestas, se reconoce la condición de trabajadores de los demandantes, a los fines de la normativa sobre compensaciones laborales.

IV. METODOLOGÍAS APLICADAS

En primer término, cabe referir al test de control como método tipológico aplicado por los tribunales de Estados Unidos para, en su origen, determinar la responsabilidad —vicarial— del dueño o principal por los daños derivados de la conducta del sirviente o dependiente. Dicha metodología se traduce —a falta de norma jurídica que defina los presupuestos de la relación de trabajo— en un catálogo de rasgos prototípicos de dicho vínculo —o, desde una perspectiva binaria, del vínculo trabado con contratista independiente—, susceptibles de verificarse fácticamente en el caso concreto sometido a escrutinio del juzgador.

(dependientes). Dicha Comisión recomendó que el test uniforme —de reconocimiento de trabajadores (dependientes)— estuviera fundamente en un concepto más restrictivo de la *realidad económica*. Houseman, Susan, *A Report on Temporary Help, On-Call, Direct-Hire Temporary, Leased, Contract Company, and Independent Contractor Employment in the United States*, 1999. Disponible en: https://www.dol.gov/oasam/programs/history/herman/reports/futurework/conference/staffing/9.1_contractors.htm.

Una vez los rasgos prototípicos o indicadores abstractos al caso concreto, podrá el juzgador, debidamente sopesados los resultados aprehendidos, declarar indiciariamente la naturaleza jurídica de la interacción analizada.

En este sentido, se asume como indicador básico de la relación de trabajo la supervisión y control sobre los detalles —modo de ejecución y medios empleados— de la actividad. Dicho indicador neurálgico devino complementado por otros estimados relevantes en la delimitación entre trabajadores y contratistas independientes: a) derecho del contratante a extinguir unilateralmente y sin causa (*ad nutum* o *at will*) el vínculo jurídico, lo cual revela un poder de negociación asimétrico —típico del vínculo laboral— en perjuicio del prestador de servicios; b) que el prestador del servicio ejerza ocupación o negocio distinto al del contratante, es decir, según la jurisprudencia,⁴⁰ que aquél afronte el riesgo o ventura de la actividad productiva que libremente organiza (*oportunidad de ganancias o pérdidas*), por contraposición a la mera integración en organización ajena;⁴¹ c) tipo de ocupación, con referencia a si en la localidad el trabajo se realiza bajo la dirección del contratante o de un especialista sin supervisión; d) habilidades o destrezas necesarias para desempeñar la respectiva ocupación; e) suministro —por parte del contratante o del prestador del servicio— de instrumentos, herramientas y facilidades locativas;⁴² f) duración del trabajo que debe ejecutarse; g) método de remuneración, es decir, por unidad de tiempo o por unidad de obra;⁴³ h) si el trabajo es parte de la actividad regular del beneficiario y, por tanto, ésta resultaría frustrada sin la ejecución de aquél; e i) si las partes creen estar vinculadas por una relación de trabajo (aunque ello solo represente un indicador secundario por cuanto la calificación jurídica del vínculo ha de derivar de hechos debidamente probados).

⁴⁰ Sentencia del 30 de abril de 2018, S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*), p. 17.

⁴¹ Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006), párrafo 13.a.

⁴² Constituye un indicador favorable a la existencia de un vínculo laboral el hecho de que el contratante suministre al prestador de servicios personales los instrumentos de trabajo, materias primas, facilidades locativas y demás elementos requeridos para la ejecución del trabajo. Tal circunstancia develaría que la obligación del prestador de servicios se circunscribe a poner a disposición de otro su fuerza de trabajo. Villasmil, Humberto y Carballo Mena, César Augusto, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Caracas, UCAB, 2016, p. 167.

⁴³ La retribución por unidad de tiempo —típica del contrato de trabajo— toma en cuenta primordialmente la disponibilidad de la fuerza de trabajo del prestador de servicios; mientras que la retribución por unidad de obra atiende al resultado convenido.

En sentido análogo, el Servicio de Impuestos Internos (*Internal Revenue Service*) de EE.UU. aplica —desde 1987— una variante del *test de control* para establecer, a efectos tributarios, la condición de trabajador dependiente, el cual pivota en torno a tres ejes sustantivos:

- Control conductual (tipo de instrucciones, grado de instrucciones, sistemas de evaluación, y entrenamiento brindado al prestador de servicios);
- Control financiero (inversiones significativas, gastos no reembolsables, oportunidad de ganancias o pérdidas, servicios disponibles para el mercado u otros negocios, y método de pago; y
- Tipo de relación (contrato escrito, beneficios —típicos— de trabajador dependiente, permanencia del vínculo, y servicios prestados en la actividad esencial —*key activity*— del contratante).^{44 45}

El test de control, en cualquiera de sus especies, ha merecido críticas por parte de órganos judiciales, instancias administrativas y académicos, en razón de la complejidad que entraña la aplicación y evaluación de sus múltiples y disímiles factores, la inseguridad que ello traduce para contratantes y prestadores de servicios personales, y su potencial evasión mediante la organización del trabajo en torno a ciertos rasgos asociados al contratista independiente.⁴⁶

Atendiendo a las críticas expresadas, la Corte Suprema de California, en el fallo comentado en la sección anterior (*Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*), optó por el —más simple y armónico con el propósito tutelar de la legislación del trabajo— test ABC. Dicha metodología se declara idónea para verificar la condición de patrono, entendido —en una

⁴⁴ Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁵ El test aparece descrito, en términos abreviados, así: “Comportamiento: ¿Tiene el negocio el control o el derecho de controlar lo que el empleado hace y cómo el/ella desempeña su trabajo? Control financiero: ¿El pagador controla todos los aspectos comerciales del trabajo del empleado? (esto incluye la manera en que se le paga al empleado, si los gastos son o no son reembolsados, quién provee herramientas/materiales, etcétera). Tipo de relación: ¿existen contratos escritos y beneficios del tipo que se ofrecen a los empleados (por ejemplo, planes de pensión, seguros, vacaciones pagadas, etcétera)? ¿Va a continuar esta relación y es el trabajo realizado un aspecto clave del negocio?”. Disponible en: <https://www.irs.gov/es/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee>.

⁴⁶ Sentencia del 30 de abril de 2018, S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*), pp. 62-64.

de las tres acepciones aplicables al régimen salarial—⁴⁷ como aquel que *tolera o permite trabajo en beneficio propio*.

A estos fines, se presume —*iusuris tantum*— la condición patronal del contratante del servicio, a menos que éste pruebe —concurrentemente— los siguientes atributos del vínculo cuya naturaleza se debate: A) que el prestador del servicio carece, contractual y fácticamente, de control y dirección sobre el desempeño de su trabajo, B) que el trabajo está fuera del curso normal del negocio del contratante, y C) que el prestador del servicio se dedica habitualmente a ejecutar, de modo independiente, una actividad, ocupación o negocio de naturaleza análoga al trabajo ejecutado en beneficio del contratante.

La aplicación del test ABC —en lugar del test de control— tiende a dilatar significativamente el ámbito de la relación de trabajo por virtud de su existencia presunta y la —consecuente— carga del contratante de probar los atributos que evidencien la plena y efectiva autonomía o independencia del prestador de servicios.

Dicha autonomía o independencia supone enervar tanto el clásico control sobre el modo de ejecución del trabajo y los medios para ello destinados como —en términos generales—⁴⁸ la integración del trabajador en la organización empresarial o negocio del contratante; esto es, por un lado, la identidad material entre las actividades productivas que cada uno desarrolla, y por otro, la inexistencia de organización autónoma a cargo de aquél.

Así, a título ejemplificativo, en los casos *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989), *Yellow Cab Cooperative v. Workers Compensation Appeals Board* (1991), *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Bervick* (2015), y *Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County* (2018), el trabajo (cosecha de hortalizas, transporte privado de pasajeros, y reparto de paquetes o documentos), por su simplicidad o estandarización, no fue ejecutado bajo control directo y permanente de los contratantes, aunque sí se verifica la plena identidad material entre las actividades productivas de éstos y

⁴⁷ Industrial Welfare Commission (California Code of Regulations, Title 8, Section 11090, Order Regulating Wages, Hours and Working Conditions in the Transportation Industry, Subdivision 2): “..(D) *Employ* means to engage, suffer, or permit to work. (E) *Employee* means any person employed by an employer. (F) *Employer* means any person as defined in Section 18 of the Labor Code, who directly or indirectly, or through an agent or any other person, employs or exercises control over the wages, hours, or working conditions of any person...”.

⁴⁸ En términos de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006), párrafo 13.a. Villasmil, Humberto y Carballo Mena, César Augusto, *op. cit.*, pp. 156-158.

las desempeñadas por los trabajadores insertos en las organizaciones empresariales globalmente controladas por los respectivos contratantes, razón por la cual cabría declarar la existencia de relaciones de trabajo desde la perspectiva del test ABC.

Adicionalmente, la utilización de plataformas tecnológicas permite que la clásica supervisión patronal ejercida mediante la imposición de horario y puesto de trabajo sea sustituida por mecanismos más sutiles, aunque igualmente efectivos. En la sentencia que dirimió el caso *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Bernick* (2015) se destacó que las accionadas inscribían a los conductores autorizados para prestar servicios, aprobaban los vehículos que éstos podían destinar a tales fines, registraban el número, duración y frecuencia de viajes realizados (o requerimientos denegados), suspendían de la aplicación a los conductores que dejaran transcurrir cierto lapso sin prestación efectiva de servicios, y controlaban el desempeño de los conductores mediante índices de aprobación por parte de los usuarios.

Esta especie de control algorítmico del trabajo también mereció enfática atención en sentencia del 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.*⁴⁹

Queda bastante claro que la accionada [*Uber do Brasil Tecnología Ltda*] ejerce su poder directivo al imponer numerosas reglas que, en caso de incumplimiento, pueden ocasionar, incluso, la pérdida del acceso a la aplicación. Consultado su sitio electrónico, se verifica la existencia de un código de conducta que prohíbe, entre otras cosas, negar el embarque de animales conductores de ciegos, usar drogas o alcohol mientras conduce o hacerles preguntas personales a los pasajeros... El control de esas reglas y de los niveles de atención durante la prestación de servicios ocurre por medio de las evaluaciones en forma de notas y de las quejas de los usuarios. Aquí cabe un complemento: solamente el avance tecnológico de la sociedad fue capaz de crear esa inédita técnica de vigilancia de la fuerza de trabajo. Se trata de innovación de la organización ‘uberiana’ del trabajo con potencial exponencial de reproducción y en escala global.

Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco a la subordinación a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie.

⁴⁹ Disponible en: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/430408618/andamento-do-processo-n-0011359-3420165030112-rtord-14-02-2017-do-trt-3?ref=topic_feed.

En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser ‘desechado’...

Un control de nuevo tipo, el control algorítmico con base en plataformas y espacios virtuales constituye una realidad establecida por esa innovadora forma de organización del trabajo humano. Un control que admite la posibilidad de extinción de una relación de empleo sin la intervención humana.

Lo que tenemos es un algoritmo, conjugando exclusivamente datos objetivos previamente programables, cuyo propósito es el control rígido y totalizante y con poder de decisión y que resuelve el destino laboral de un ser humano...

En definitiva, la sentencia transcrita —al igual que la dictada en el caso *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (2015)— pone de manifiesto —aunque no se trate de un criterio pacífico—⁵⁰ que las plataformas tecnológicas pueden servir como instrumentos idóneos para el ejercicio pleno y eficaz del arquetípico —aunque ataviado a la moda— control y disciplina sobre la ejecución del servicio. De tal manera que, más allá del melancólico estribillo sobre la supuesta crisis de derecho del trabajo o del fetichismo normativo que exige siempre legislar ante los nuevos fenómenos de organización del trabajo,⁵¹ corresponde —más bien— escudriñar a la luz del principio de primacía de la realidad, allí donde se niegue la existencia de relaciones de trabajo, los límites y componentes de cada organización empresarial para detectar si los servicios personales ejecutados en su esfera exhiben efectivamente carácter autónomo, esto es, en términos análogos al test ABC, si son desempeñados con elementos propios, al margen del control permanente del contratante, y fuera de la órbita de la actividad ordinaria o regular de éste.

⁵⁰ Por un lado, la sentencia fue revocada por decisión del 20 de noviembre de 2017, proferida por la 9a. Sala del Tribunal Regional de la 3a. Región, Belo Horizonte (Disponible en: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/522746537/andamento-do-processo-n-0011359-3420165030112-ro-21-11-2017-do-trt-3?ref=topic_feed), y por otro, han sido dictadas, también en primera instancia, sentencias que rechazan el vínculo laboral entre conductores y Uber. Carvalho, Taynara, *Uber: inovacao e reverberacao nas relacoes laborais*, 2018. Disponible en: <https://juridicoerto.com/p/taynara-carvalho/artigos/uber-inovacao-e-reverberacao-nas-relacoes-laborais-4261>.

⁵¹ Sobre el tema analizado, el artículo 6o. (párrafo único) de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), que devino reformado mediante Ley 12.551/2011, prevé que “Los medios telemáticos e informatizados de comando, control y supervisión se equiparan, para fines de subordinación jurídica, a los medios personales y directos de comando, control y supervisión del trabajo ajeno”.

V. TEST DE LABORALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

1. *Preámbulo*

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos suelen concebir el contrato o relación de trabajo a partir de tres presupuestos concurrentes: servicio personal, remunerado, y dependiente y/o subordinado.⁵²

⁵² ARGENTINA (Ley de Contrato de Trabajo 20.744): artículo 22. Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen; BOLIVIA (Decreto Supremo 23570): artículo 1. “constituyen características esenciales de la relación laboral: a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto del empleador; b) La prestación de trabajo por cuenta ajena; y c) La percepción de remuneración o salario en cualquiera de sus formas de manifestación”; BRASIL (Consolidación de las Leyes del Trabajo): artículo 3. Considerase empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário; CHILE (Código del Trabajo): artículo 7. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada; COLOMBIA (Código Sustantivo del Trabajo): artículo 22.1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; COSTA RICA (Código de Trabajo): artículo 18. Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma; CUBA (Código de Trabajo): artículos 9.a. Trabajador: persona natural cubana o extranjera residente permanente en el territorio nacional con capacidad jurídica, que labora con subordinación a una persona jurídica o natural y percibe por ello una remuneración, y 20. La relación de trabajo se formaliza con el contrato del que son partes el trabajador y el empleador; mediante el cual, la persona contratada se compromete a ejecutar con eficiencia una labor, a observar las normas de disciplina y las demás que se acuerden, asimismo quien le emplea se obliga a pagarle una remuneración y a garantizarle las condiciones y derechos de trabajo y seguridad social que establece la legislación; ECUADOR (Código del Trabajo): artículo 8. (Contrato individual). Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre; EL SALVADOR (Código de Trabajo): artículo 17. Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, es aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario; GUATEMALA (Código de Trabajo): artículo 18. Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador),

En este contexto, el debate sobre la naturaleza jurídica de una concreta modalidad de prestación de servicios supone para el juzgador, con el auxilio de la —extendida— presunción *iuris tantum* de su naturaleza laboral,⁵³ subsumir los rasgos fácticos de la interacción escrutada en los presupuestos

queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma; HONDURAS (Código del Trabajo): artículo 19. Contrato Individual de Trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a ejecutar una obra o a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, bajo la continua, dependencia o subordinación de ésta, y mediante una remuneración; MÉXICO (Ley Federal del Trabajo): artículo 20. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario; NICARAGUA (Código del Trabajo): artículo 19. Relación laboral o de trabajo, cualquiera sea la causa que le de origen, es la prestación de trabajo de una persona natural subordinada a un empleador mediante el pago de una remuneración; PANAMÁ (Código del Trabajo): artículo 62. Se entiende por contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, el convenio verbal o escrito mediante el cual una persona se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra a favor de otra, bajo la subordinación o dependencia de ésta. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de dependencia económica; PARAGUAY (Código del Trabajo): artículo 18. Contrato de trabajo es el convenio en virtud del cual, un trabajador se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un empleador, bajo la dirección y dependencia de éste, mediante el pago de una remuneración, sea cual fuere la clase de ella; PERÚ (Ley de Productividad y Competitividad Laboral): artículo 4. En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; PUERTO RICO (Ley de Transformación y Flexibilidad Laboral): artículo 2.1. El contrato de empleo es un contrato mediante el cual una persona jurídica o natural llamada “patrono”, contrata a una persona natural, llamado “empleado” para que éste preste servicios de naturaleza voluntaria para el beneficio del patrono o de una tercera persona, a cambio de recibir compensación por los servicios prestados, cuando los servicios son prestados por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización y bajo la dirección del directa del patrono; REPÚBLICA DOMINICANA (Código de Trabajo): artículo 1. El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta; y VENEZUELA (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras): artículo 55. El contrato de trabajo, es aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario.

⁵³ Por ejemplo: Ley del Contrato de Trabajo de Argentina (artículo 23), Código del Trabajo de Chile (artículo 8), Código Sustantivo del Trabajo de Colombia (artículo 24), Código de Trabajo de Costa Rica (artículo 18), Código de Trabajo de El Salvador (artículo 20), Código de Trabajo de Guatemala (artículo), Ley Federal del Trabajo de México (artículo 21), Código de Trabajo de Panamá (artículo 66), Código del Trabajo de Paraguay (artículo 19), Código de Trabajo de República Dominicana (artículo 15), y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela (artículo 53). Por contra, no se prevé tal

normativos del contrato o relación de trabajo, correspondiendo al beneficiario la carga de desvirtuarla bajo el imperio de los principios de primacía de la realidad⁵⁴ e indisponibilidad de los derechos del trabajador.⁵⁵

La aludida fórmula combinatoria (presunción de relación de trabajo + principios de primacía de la realidad e indisponibilidad de derechos) resulta idónea para enervar el encubrimiento del vínculo laboral mediante simulación de interacción de naturaleza disímil.

En el caso venezolano, cuando la realidad aprehendida por el juzgador resulta objetivamente ambigua, es decir, ubicada en zona fronteriza o penumbrosa, la jurisprudencia⁵⁶ ha impuesto la aplicación de un método tipológico de análisis denominado “test de laboralidad”, consistente en un catálogo de indicadores de los rasgos fácticos de la relación de trabajo, análogo al test de control que suelen observar los tribunales en los Estados Unidos.

Dichos indicadores provienen —los primeros seis (*a-f*)— del párrafo 2 del proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que examinó la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo entre 1997 y 1998, y —los cinco restantes⁵⁷ (*g-k*)— de la configuración de la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela):

- a) Forma de determinar el trabajo;
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo;
- c) Forma de efectuarse el pago...;
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario;
- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria;
- f) Otros: ...asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo... la exclusividad o no para la usuaria...;

presunción en los sistemas jurídicos de Ecuador y Uruguay, correspondiendo entonces la carga probatoria a quien se atribuya estatus de trabajador (dependiente).

⁵⁴ Artículos 89.1 de la Constitución de la República, 18.3 y 22 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y 9.c del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁵⁵ Artículos 89.2 de la Constitución de la República, 18.4 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y 9.b del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁵⁶ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia (líder) 489 del 13 de agosto de 2002. Disponible en: <http://historica.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/RC489-130802-02069.HTM>.

⁵⁷ Aunque alguno resulte redundante o de alcance impreciso.

- g) La naturaleza jurídica del pretendido patrono;
- h) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etcétera;
- i) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio;
- j) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar; [y]
- k) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

Más allá de las virtudes y falencias⁵⁸ imputables al test de laboralidad, transcurridos más de tres lustros de pacífica aplicación, conviene destacar, a propósito de las sentencias comentadas en párrafos anteriores, la trascendencia de incorporar el indicador concerniente a la integración del trabajador en organización empresarial ajena, la imperativa vinculación entre indicios recabados y presupuestos normativos de la relación de trabajo, y la relación de trabajo presunta como perspectiva de evaluación.

2. Integración en organización empresarial ajena

A propósito de la mención a “aquellos [rasgos] propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena”, cabría incorporar al test de laboralidad el indicador concerniente a la integración del prestador de servicios en la organización empresarial del contratante, en términos análogos a los previstos en el párrafo 13.a de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006).

En efecto, la ajenedad como rasgo asociado a la relación de trabajo entraña reconocer que el trabajador presta servicios en el ámbito de la actividad organizada por el patrono, cuyos réditos éste apropia originariamente, y cuyos riesgos debe —consecuentemente— soportar.⁵⁹

En sentencias proferidas por tribunales en los Estados Unidos, objeto de comentarios en secciones anteriores, aparece destacado, como indicador del test de control, el vínculo material u ontológico entre la ocupación o negocio del prestador de servicios y la actividad productiva del contratante. Así, si éste

⁵⁸ Carballo Mena, César Augusto, *op. cit.*, pp. 167-176.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 53-63.

ostenta el poder de organización de la operación en su integridad y la actividad del prestador de servicios forma parte indisoluble de dicha operación, se configuraría un indicio fuerte de relación de trabajo al denotarse un marcado déficit de autonomía. En esta hipótesis, el prestador de servicios aparece sometido a una especie de *subordinación estructural*; esto es, integrado y bajo el influjo de una cultura corporativa ajena y dominante.⁶⁰

Por lo expuesto, dicho indicador, articulado con otros rasgos propios de la ajenidad, tales como inversiones y suministro de herramientas, materiales y maquinarias, y la asunción de ganancias y pérdidas, tiende a traslucir la existencia de una relación de trabajo a pesar de la ausencia del —clásico— control directo y permanente sobre la forma de ejecución del servicio y los medios para ello empleados.

3. *Asociación entre indicios recabados y presupuestos normativos*

El ordenamiento jurídico venezolano atribuye a la relación de trabajo los caracteres concurrentes de personalidad, productividad (onerosidad) y dependencia (subordinación), *ex* artículos 35 y 53-55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT). Ello supone que la aplicación del test de laboralidad deba imperativamente traducirse en la asociación de los indicios recabados con los presupuestos de la relación de trabajo que, en el caso concreto, sean objeto de controversia.

En lo que atañe a la dependencia o subordinación, presupuesto sobre el cual versa la mayoría absoluta de los debates jurisdiccionales, conviene advertir que a él se vinculan directamente los indicadores relativos a la forma (más o menos precisa) de determinar el trabajo, tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (particularmente, *lugar* donde el trabajo se ejecuta), supervisión y control disciplinario, y exclusividad, e indirectamente aquellos otros que conciernen a la ajenidad; esto es, inversiones y suministro de herramientas, materiales y maquinarias, asunción de ganancias y pérdidas, e integración en la organización bajo control del contratante.

⁶⁰ Sentencia dictada en RR-119400-55.2007.5.03.0001, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo (Brasil), 23 de abril de 2013, *apud* sentencia del 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33^{er} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.*

La asociación lógica que se destaca —entre indicadores y presupuestos de la relación de trabajo— garantiza que el juzgador, ante los casos difíciles o fronterizos, recabe indicios que le permitan, según su gravedad, concordancia y convergencia,⁶¹ declarar, con base en los presupuestos normativos antes indicados, la naturaleza jurídica de la interacción examinada.

4. Presunción de laboralidad como perspectiva de evaluación

La aplicación del test de laboralidad no supone obviar las cargas probatorias que puedan corresponder a las partes en litigio, de modo que si opera la presunción de laboralidad del vínculo escrutado, *ex* artículo 53, DLOTTT, corresponderá al beneficiario del servicio, desvirtuar los restantes presupuestos normativos, es decir, carácter productivo u oneroso, y/o dependiente o subordinado, mediante indicios graves, concordantes y convergentes.

A este respecto, la sentencia dictada en el caso *Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County* puso de manifiesto la relevancia de la existencia presunta de la relación de trabajo como mecanismo de realización del fin tutelar de la legislación del trabajo, toda vez que hace recaer sobre el contratante la carga de demostrar el carácter autónomo o independiente del servicio ejecutado. Desde la perspectiva del test ABC, ello emerge —como fue señalado en su oportunidad— de la concurrencia de tres rasgos: ausencia de control y dirección sobre la ejecución del trabajo, independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, y autonomía empresarial del prestador del servicio.

Por último, en los sistemas que no consagren mecanismos presuntivos de la existencia del vínculo laboral, los principios —fundamentales del Derecho del trabajo— de tuición y primacía de la realidad habrían de impulsar en el juzgador, por ejemplo, la adopción de una perspectiva dinámica de la carga probatoria, haciéndolas recaer en quien se encuentre en mejor condición de probar (en este supuesto, la condición autónoma del servicio personal recibido).

VI. COROLARIO

Las sentencias que inspiran el presente ensayo, dictadas en los casos *Uber Technologies, Inc. - Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (2015) y *Dynamex Operations*

⁶¹ Artículos 510 del Código de Procedimiento Civil y 1399 del Código Civil (Venezuela).

West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County (2018), ensamblan un contexto idóneo para advertir:

- 1) Los rasgos básicos de las empresas que, en el ámbito de la denominada *economía de plataformas*, incorporan “el trabajo a pedido mediante aplicaciones”.⁶²
- 2) Las peculiaridades del catálogo de indicadores arquetípicos de la relación de trabajo, denominado test de control, que tradicionalmente aplican los tribunales en los Estados Unidos a los fines de declarar la naturaleza jurídica —en disputa— de una cierta modalidad de servicios personales.
- 3) Las críticas que dicho método tipológico ha merecido por virtud de la complejidad que entraña la aplicación y evaluación de sus múltiples y disímiles factores, la inseguridad que ello traduce para contratantes y prestadores de servicios personales, y su potencial evasión mediante la organización del trabajo en torno a ciertos rasgos asociados al trabajo autónomo o independiente.
- 4) La adopción de metodología alternativa más sencilla y cónsona con el objeto tutelar de la legislación del trabajo, denominada test ABC, por cuya virtud al contratante de servicios personales se le adjudicará —presuntivamente— la condición de patrono, salvo que logre demostrar que el trabajo fue ejecutado autónomamente, que el mismo diverge de su actividad habitual, y que el ejecutante del trabajo ostenta capacidad empresarial.
- 5) La trascendencia de la identidad entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, con independencia del método de escrutinio aplicado, toda vez que entraña —*prima facie*— un control indirecto o estructural, y
- 6) Las nuevas tecnologías incorporadas a la organización empresarial, como la aplicación para teléfonos móviles de Uber Technologies, Inc. o los dispositivos satelitales que utiliza Dynamex Operations West, Inc., y su idoneidad para controlar detalladamente el trabajo ajeno, incluso con mayor eficacia que los métodos tradicionales.

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos suelen consagrar los presupuestos o rasgos esenciales de la relación de trabajo y/o de los sujetos

⁶² OIT, *Informe inicial...*, *op. cit.*, p. 39.

involucrados, de modo tal que en caso de debatirse la naturaleza jurídica de cierta modalidad de prestación de servicios el juzgador deberá subsumir los datos fácticos recabados en los aludidos presupuestos normativos. En este contexto, destaca la decisión judicial producida en Brasil según la cual el vínculo trabado entre un conductor y Uber do Brasil Tecnología Ltda.⁶³ revistió la condición de relación de trabajo, toda vez que concurrieron los respectivos presupuestos normativos (artículo 3o. de la Consolidación de las Leyes del Trabajo), es decir, carácter personal, permanente, retribuido y subordinado (básicamente por el control algorítmico que ofrece la aplicación tecnológica y la evaluación de desempeño realizada mediante encuesta al usuario).

Por su parte, la jurisprudencia venezolana exhibe como peculiaridad la incorporación de un método tipológico (test de laboralidad), análogo al aplicado por los tribunales de Estados Unidos (test de control), para el análisis de las modalidades de servicios objetivamente ambiguas o ubicadas en áreas de penumbra. En este supuesto, el juzgador, tomando en consideración los presupuestos normativos de la relación de trabajo (servicio personal, remunerado y dependiente), habrá de aplicar al caso concreto los —once— factores que conforman dicho test y ponderar los indicios recabados según su gravedad, concordancia y convergencia. Convendría, entre otros ajustes, incorporar el —muy trascendente— indicador sobre la integración del trabajador en organización empresarial ajena (párr. 13.a de la Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo, 2006),⁶⁴ asociar los indicadores del test de laboralidad a los presupuestos normativos de la relación de trabajo (personalidad, productividad y dependencia),⁶⁵ y orientar la aplicación del test de laboralidad según las cargas probatorias que puedan corresponder a las partes en pugna.⁶⁶

⁶³ Sentencia del 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33^o del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.*

⁶⁴ Las sentencias analizadas a lo largo del presente ensayo destacan como dato revelador del vínculo laboral que las actividades desplegadas en —pretendidas— condiciones de autonomía o independencia formaban parte indisociable de la operación bajo control integral del contratante, configurándose así una suerte de *subordinación estructural* (véase sentencia del 23 de abril de 2013 dictada en RR-119400-55.2007.5.03.0001, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo, Brasil).

⁶⁵ Artículos 35 y 53-55, DLOTTT.

⁶⁶ Si operó la presunción de la existencia de la relación de trabajo, correspondería al beneficiario del servicio desvirtuarla mediante indicios graves, concordantes y convergentes. Así, por ejemplo, el déficit de elementos de juicio favorables a la dependencia o subordinación no desvirtuaría el vínculo jurídico presunto, toda vez que ello sólo se desgaja de la prueba

En definitiva y al margen del método que se adopte para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, lo esencial parece ser el reconocimiento de la trascendencia de los conceptos —inescindibles e interdependientes— de *patrono* y *empresa*, en el sentido que el ejercicio del poder de organización de aquél, destinado a la conjugación de los factores que ésta entraña, exige disponer de la fuerza de trabajo de otro u otros bajo los controles que resulten funcionales en el marco de la específica actividad productiva que se desarrolle porque, como advierte Romagnoli, “no existe la subordinación: existen las subordinaciones”.⁶⁷

VII. FUENTES CONSULTADAS

- CARBALLO MENA, César Augusto, *Relación de trabajo: la técnica del test de laboralidad*, Caracas, UCAB, 2016.
- CARVALHO, Taynara, *Uber: inovacao e reverberacao nas relacoes laborais*, 2018. Disponible en: <https://juridicocerto.com/p/taynara-carvalho/artigos/uber-inovacao-e-reverberacao-nas-relacoes-laborais-4261>.
- DEKNATEL, Anna y HOFF-DOWNING, Laurie, “ABC on the books and in the Courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 18. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc>.
- HOUSEMAN, Susan, *A Report on Temporary Help, On-Call, Direct-Hire Temporary, Leased, Contract Company, and Independent Contractor Employment in the United States*, 1999. Disponible en: https://www.dol.gov/oasam/programs/history/berman/reports/futurework/conference/staffing/9.1_contractors.htm.
- OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, OIT, 2017, p. 39. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf.
- OIT, *La relación de trabajo*, Ginebra, OIT, 2006, párrafo 5. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.

fehaciente de autonomía o independencia en la prestación del servicio (en el sentido apuntado por el test ABC).

⁶⁷ Romagnoli, Humberto, “La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo”, *Cuadernos de relaciones laborales*, No. 1. Madrid, Ed. Complutense, 1992, p. 17. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9292110015A/32692>.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=bhcvuIT>.
- ROMAGNOLI, Humberto, “La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1. Madrid, Ed. Complutense, 1992. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9292110015A/32692>.
- SENTENCIA del 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California).
- SENTENCIA del 30 de abril de 2018 (S222-732), dictada por la Corte Suprema de California.
- SENTENCIA del 30 de abril de 2018, núm. S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*).
- SENTENCIA del 30 de abril de 2018, núm. S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*).
- TREASURY inspector general for tax administration, *Employers Do Not Always Follow Internal Revenue Service Worker Determination Rulings*, 2013. Disponible en: <http://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2013reports/201330058fr.pdf>.
- VILLASMIL, Humberto y CARBALLO MENA, César Augusto, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Caracas, UCAB, 2016. 