

# Empresas digitales y prueba del vínculo laboral\*

César Augusto Carballo Mena\*\*

*Que cada palabra lleve lo que dice  
Que sea como el temblor que la sostiene  
Que se mantenga como un latido*  
Rafael Cadenas, *Ars poética*

Sumario: 1. Preámbulo. 2. Relación de trabajo: puntales para determinar su existencia. 2.1. Subordinación o dependencia. 2.2. Primacía de la realidad. 2.3. Catálogo de indicios. 2.4. Presunción de existencia. 2.5. Justicia laboral. 3. Vicisitudes probatorias: presunción e indicios. 4. Plataformas tecnológicas y servicios bajo demanda. 5. Epílogo.

## 1. Preámbulo

Las empresas ensambladas en torno a tecnologías de la información y la comunicación suelen provocar hondas hesitaciones en la oportunidad de calificar la naturaleza jurídica de los servicios personales ejecutados en su ámbito.

Evanescen los centros de trabajo y, con ellos, horarios, puestos y supervisión personal. Una densa penumbra parece rodear la prestación del servicio, despojado de las coordenadas arquetípicas que permitían intuir<sup>1</sup> –sin mayor esfuerzo– la existencia de una relación de trabajo.

En tiempos en que cunde una especie de erótica ensoñación en torno a *empresas sin trabajadores y trabajadores autónomos sin empresa*, dichas ambigüedades facilitan el deleznable encubrimiento de relaciones de trabajo.

---

\* El presente ensayo actualiza el texto publicado en *Derecho probatorio, IX Jornada Aníbal Dominici, homenaje a Salvador Yannuzzi*, José G. Salaverría (coordinador), UCAB, Caracas, 2020.

\*\* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Jefe del Departamento de Derecho Social (UCAB). Profesor invitado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), la Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago), la Universidad de Panamá (Panamá), la Universidad Libre (Bogotá), y la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela).

<sup>1</sup> “El concepto de dependencia laboral fue hasta hoy eficaz porque la inmensa mayoría de los vínculos que se proponía abarcar se insertaba nítidamente dentro de sus fronteras o quedaba claramente fuera de ellas, sin que una u otra variante demandara esfuerzo clasificatorio alguno. El concepto había sido concebido a partir de un tipo social dominante en cuya presencia el proceso de reconocimiento y calificación del vínculo —de percepción simple, evidente y casi intuitivo— no imponía formular la compleja operación lógica y volitiva ínsita en la práctica de la utilización del *procedimiento indiciario* al que se recurre cuando, en su tiempo de modo excepcional, la dependencia no se revelaba de modo tan evidente.” Adrián Goldin, *Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina*, CEPAL, Santiago, 2020, p. 17.

Jerigonza mediante, se califican de *socios*<sup>2</sup>, *empresarios* o *colaboradores* a quienes -en el ámbito de empresas organizadas en torno a plataformas tecnológicas- aparecen integrados en actividades productivas que otro organiza y dirige, extrañados de las estrategias de mercado, carentes de clientela propia, impedidos de fijar precio a su trabajo, sometidos a controles algorítmicos, sujetos a sanciones y, en ciertos supuestos, obligados a prestar el servicio personalmente, usar uniforme y exhibir símbolos corporativos ajenos.

¿Qué tienen en común la empresa arquetípica de la revolución industrial -centralizada, jerarquizada, asfixiante, mecanizada y monótona- con aquella otra desconcentrada, aplanada, vivificante, flexible y creativa que nos brindan -o prometen- las nuevas tecnologías de la información y la comunicación? Obvio, que ambas son empresas y, por tanto, entrañan necesariamente la combinación consciente de factores productivos para alcanzar un determinado resultado estimado valioso por su titular.

Desde la perspectiva del Derecho del trabajo, quien ostente el poder de organización del referido ensamblaje habrá de reputarse -salvo robusta prueba en contrario- empleador de aquellos que en dicho ámbito solo -o preponderantemente- presten servicios personales.

## **2. Relación de trabajo: puntales para determinar su existencia**

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos<sup>3</sup> conciben la relación de trabajo -en términos generales- como vínculo trabado entre una persona natural -denominada *trabajador*-, y

---

<sup>2</sup> En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna.

<sup>3</sup> (i) Argentina (Ley de Contrato de Trabajo 20.744): art. 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; (ii) Bolivia (Decreto Supremo 23570): art. 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; (iii) Brasil (Consolidación de las Leyes del Trabajo): art. 3.- *Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*; (iv) Chile (Código del Trabajo): art. 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; (v) Colombia (Código Sustantivo del Trabajo): art. 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; (vi) Costa Rica (Código de Trabajo): art. 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; (vii) Cuba (Código de Trabajo): art.9.a.- Trabajador: persona natural [...] que labora con subordinación a una persona jurídica o natural y percibe por ello una remuneración; (viii) Ecuador (Código del Trabajo): art. 8.- 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; (ix) El Salvador (Código de Trabajo): art. 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; (x) Guatemala (Código de Trabajo): art. 18.- Contrato individual de trabajo, sea

otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *patrono* o *empleador*, a quien aquélla proporciona su esfuerzo personal, en condiciones de subordinación y/o dependencia, a cambio de una remuneración<sup>4</sup>.

En este sentido, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 31 de mayo de 2006<sup>5</sup>, ofrece cinco puntales para desentrañar la existencia de una relación de trabajo: (i) clarificación de presupuestos o condiciones denotativas de la relación de trabajo, tales como *subordinación* o *dependencia*<sup>6</sup>; (ii) prevalencia de circunstancias fácticas vinculadas a la ejecución del

---

cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), 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; (xi) Honduras (Código del Trabajo): art. 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; (xii) México (Ley Federal del Trabajo): art. 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; (xiii) Nicaragua (Código del Trabajo): art. 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; (xiv) Panamá (Código de Trabajo): art. 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; (xv) Paraguay (Código del Trabajo): art. 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; (xvi) Perú (Ley de Productividad y Competitividad Laboral): art. 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; (xvii) Puerto Rico (Ley de Transformación y Flexibilidad Laboral): art. 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; (xviii) República Dominicana (Código de Trabajo): art. 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 (xix) Venezuela (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras): art. 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.

<sup>4</sup> Es lo que cabría denominar *carácter productivo* del trabajo, es decir, “aquel a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para subsistir, siendo indiferente [...] que el fruto directo de su trabajo sea un bien consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros directamente consumibles, un bien que resulte de su trabajo singular o de su trabajo cooperativo”. Manuel Alonso Olea, *Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 27.

<sup>5</sup> Recomendación 198 OIT.

<sup>6</sup> *Subordinación jurídica y dependencia económica*, como precisa el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: Organización Internacional del Trabajo, *Promoviendo empleo y trabajo decente en un escenario cambiante*, 109ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020, párr. 242, p. 108. En el presente ensayo, ambas voces se utilizarán como sinónimos, es decir, *subordinación y dependencia jurídica*; como resulta común en América Latina, con la excepción de Panamá (art. 62, Código

trabajo y su –consecuente- remuneración; (iii) consideración de un –amplio y enunciativo- cúmulo indiciario; (iv) consagración legal –a partir de uno o varios indicios- de la existencia presunta de dicho vínculo jurídico; y (v) garantía –en sede judicial y administrativa- de la aplicación del referido régimen jurídico<sup>7</sup>.

## 2.1. Subordinación o dependencia

La subordinación<sup>8</sup> o dependencia<sup>9-10</sup>, como rasgo denotativo de la relación de trabajo, entraña la sumisión del trabajador al poder de organización, dirección y disciplina que ostenta el titular de la unidad productiva en cuyo seno es prestado el servicio<sup>11</sup>.

En este sentido, la Recomendación 198 OIT deviene relevante a partir de su conexión lógica con el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* y los *indicios de existencia de la relación de trabajo*: la subordinación o dependencia, como “condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo” (párr. 12), deben ser aprehendidas “principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes” (párr. 9).

## 2.2. Primacía de la realidad

“La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los *hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador*, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya

---

de Trabajo: “Se entiende por relación de trabajo [...] la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de *dependencia económica*”).

<sup>7</sup> César Augusto Carballo Mena, “Asalariados o autónomos: trastornos de identidad en el diván de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral*, N° 2020-1, dirigida por Mario Ackerman, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2020, pp. 348-358.

<sup>8</sup> Subordinación: arts. 9.a del Código de Trabajo (Cuba), 19 del Código del Trabajo (Nicaragua), 20 de la Ley Federal del Trabajo (México), y 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Perú).

<sup>9</sup> Dependencia: arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina), 3 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), 7 del Código del Trabajo (Chile), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), 18 del Código de Trabajo (Guatemala), 1 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

<sup>10</sup> Subordinación y/o dependencia: arts. 1.a del Decreto Supremo N° 23570 (Bolivia), 23 del Código Sustantivo de Trabajo (Colombia), 62 del Código del Trabajo (Panamá), 1° y 17° Código del Trabajo (Paraguay).

<sup>11</sup> En la obra de Ludovico Barassi, la subordinación se traduce en la “sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador”. Dicho estatus, precisó catorce años después el referido autor, se origina por el hecho de que el acreedor del trabajo concentra la gestión de la actividad productiva, contextualizando así la dependencia o subordinación en el ámbito de una actividad organizada por otro, por cuenta de quien se presta el servicio. Ver, Daniel Rivas, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 24 y 25.

sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”<sup>12</sup> (Recomendación 198 OIT, párr. 9).

El párrafo transcrito consagra –a propósito de la determinación de la existencia de una relación de trabajo- el principio –de raigambre constitucional en América Latina<sup>13</sup>- de *primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*<sup>14</sup>, conforme al cual la determinación de la naturaleza jurídica de una cierta modalidad de servicios personales debe atender –al margen de formalidades o apariencias- a las circunstancias fácticas en que fue ejecutado y retribuido.

### 2.3. Catálogo de indicios

El párr. 13 de la Recomendación 198 OIT alude a la conveniencia de prever –legislativamente o a través de otras fuentes- un catálogo –enunciativo<sup>15</sup>- de “indicios específicos” de la existencia de una relación de trabajo”, organizados en torno a dos aspectos esenciales del vínculo escrutado, es decir, modo de ejecución de trabajo y –consecuente- retribución:

“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

---

<sup>12</sup> En el presente ensayo, las cursivas y corchetes en citas textuales son míos.

<sup>13</sup> Arts. 53 Constitución de Colombia (1991), 89 Constitución de Venezuela (1999), y 48.II Constitución de Bolivia (2009). Esta última, cabe destacarlo, consagra el principio de primacía de la realidad a propósito –específicamente- de la determinación de la existencia de una relación de trabajo: “Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores [...y] de *primacía de la relación laboral*”.

<sup>14</sup> Positivizado en Bolivia (arts. 48.II de la Constitución y 4.I.d del Decreto Supremo N° 28699), Colombia (arts. 53 de la Constitución Política y 23 del Código Sustantivo del Trabajo), Nicaragua (Principio Fundamental VI del Código del Trabajo), Perú (art. 2.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo), República Dominicana (Principio Fundamental IX del Código de Trabajo), y Venezuela (arts. 89.1 de la Constitución, 18.3 y 22 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras). Reconocido jurisprudencialmente, por ejemplo, en Argentina, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, y Uruguay.

<sup>15</sup> Tal como se desprende de la literalidad de la norma: “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...*”. Siendo enunciativo, dicho catálogo admite otros indicios, tales como la *equivalencia de la remuneración respecto de trabajadores asalariados en ejecución de labores análogas* (jurisprudencia en Suecia, Corea del Sur y Venezuela), “*haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado*” (Código de Seguridad Social, Alemania), *concesión de permisos por ausencia* (jurisprudencia de los Países Bajos), *pago de horas extraordinarias o concesión de un descanso compensatorio por ese concepto* (Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals, Irlanda, julio de 2001, actualizado en 2007), *formación conferida al prestador de servicios* (jurisprudencia de Canadá), y *extinción del vínculo jurídico como consecuencia de la muerte del trabajador* (Code of good practice: who is an employee, Sudáfrica, 2006).

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”.

La pluralidad de indicios de la existencia de la relación de trabajo –más allá de la clásica sujeción del trabajador a instrucciones y control patronales, horario y puesto de trabajo- pone de manifiesto, de un lado, la complejidad que puede entrañar la calificación jurídica de ciertos vínculos objetivamente ambiguos, y del otro, el polimorfismo del trabajo dependiente o subordinado, signado por la específica modalidad de organización empresarial en cuyo ámbito se inserta<sup>16</sup>: “no existe la subordinación: existen las subordinaciones”<sup>17</sup>.

Me permito destacar –finalmente- que tratándose de un catálogo de indicios –y no de presupuestos- salta a la vista su carácter contingente, esto es, que pueden -o no- materializarse en una concreta relación de trabajo, dependiendo –como fue apuntado en el párrafo precedente- de la específica organización empresarial en cuya esfera se inserte dicho vínculo jurídico. Deviene así roto el *mito de la immaculada subordinación* –propalado, me temo, más por interés que miopía- según el cual la más mínima mancha sobre el manto sagrado del modelo arquetípico de sumisión, forjado al calor de la revolución industrial y elevado a los altares del emergente Derecho del Trabajo, bastaría para desechar -en desprecio de la primacía de la realidad y, donde rijan, de la presunción de laboralidad- la existencia de una relación de trabajo.

Por el contrario, desde una perspectiva binaria, se trata de contrastar –según su gravedad, concordancia y convergencia- el cúmulo de indicios favorable a la subordinación con aquel de signo contrario, es decir, significativo de autonomía o independencia.

#### **2.4. Presunción de existencia**

El párr. 11.b de la Recomendación 198 OIT destaca que, con el objetivo de “facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo”, convendría “consagrar una

---

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, la sujeción a horario o puesto de trabajo carece de sentido si se trata de trabajadores domiciliarios o vendedores ambulantes. Lo mismo podría decirse del servicio de transporte de personas o bienes organizado mediante plataformas tecnológicas.

<sup>17</sup> Humberto Romagnoli, “La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo”, *Cuadernos de relaciones laborales*, N° 1. Madrid, Ed. Complutense, 1992, p. 17. Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9292110015A/32692>.

presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios”.

Dicho mecanismo, común en la legislación laboral latinoamericana<sup>18</sup>, suele operar a partir de la prestación personal de servicios<sup>19</sup>, recayendo sobre el beneficiario de los mismos – patrono o empleador presunto- la carga de desvirtuar dicha presunción mediante elementos fácticos –primacía de la realidad *ex* párr. 9 de la Recomendación 198 OIT- que evidencien –por ejemplo- que el servicio fue ejecutado en condiciones de autonomía o independencia, o que resultan incompatibles con la obtención de medios de subsistencia<sup>20</sup>.

## 2.5. Justicia laboral

La materialización del principio de protección del trabajador, piedra angular del Derecho del trabajo, impone al Estado la sanción de normas jurídicas revestidas de orden público y la adopción de medidas idóneas destinadas a garantizar su eficaz aplicación; además de tolerar –o incluso más, impulsar- la libertad sindical como derecho de organización de los trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses grupales o de categoría.

En este contexto se inserta el sistema de inspección del trabajo que tiene por objeto –entre otras funciones- velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales, y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes<sup>21</sup>.

A propósito de la determinación de la existencia de una relación de trabajo –como condición para la aplicación del régimen de tutela del trabajador-, la Recomendación 198

---

<sup>18</sup> Arts. 23 de la Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), 8 del Código del Trabajo (Chile), 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 18 del Código de Trabajo (Costa Rica), 23 del Código de Trabajo (Cuba), 20 del Código de Trabajo (El Salvador), 21 del Código de Trabajo (Guatemala), 21 de la Ley Federal del Trabajo (México), 66 del Código de Trabajo (Panamá), 19 del Código del Trabajo (Paraguay), 15 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

<sup>19</sup> El Código de Trabajo de Portugal prevé como dato presuntivo de la existencia de una relación de trabajo el hecho de que el servicio prestado en beneficio de otro: a) se ejecute en local perteneciente o determinado por este, b) con equipos o instrumentos de trabajo provisto por el beneficiario, c) dentro del horario impuesto por el beneficiario, d) a cambio del pago periódico de una cantidad cierta, o e) en ejercicio de funciones de dirección o jefatura en el ámbito de la empresa (Art. 12.1.b).

<sup>20</sup> Por ejemplo, trabajo comunitario, familiar, o altruista. En este sentido, el art. 29 del Código de Trabajo (Paraguay) excluye del ámbito del contrato de trabajo a “[l]os trabajos de carácter familiar” y a aquellos “que, sin tener carácter familiar, se ejecutan ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos y de buena vecindad”. Por su parte, el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela) exceptúa de la presunción de laboralidad “aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral.”

<sup>21</sup> Art. 3.1 del Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la inspección del trabajo, 1947.

OIT destaca la importancia de implementar políticas dirigidas a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas” (párr. 4.b), “eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas” (párr. 17), y “asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo” (párr. 4.f)<sup>22</sup>.

A los fines indicados, “[l]a autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la [...] Recomendación [198 OIT], por ejemplo, a través de los *servicios de inspección del trabajo*, en colaboración con la *administración de la seguridad social*<sup>23</sup> y las *autoridades fiscales*<sup>24</sup>” (párr. 15)<sup>25</sup>.

En definitiva, los servicios de inspección del trabajo deberán determinar la existencia de una relación de trabajo –como premisa para la aplicación de la legislación protectora- a partir –principalmente- de los hechos relativos al modo de ejecución del trabajo y la remuneración percibida (párrs. 9 y 13 de la Recomendación 198 OIT)<sup>26</sup>.

Adicionalmente, debe asegurarse a los interlocutores sociales el “acceso efectivo a procedimientos y mecanismos [de naturaleza judicial o arbitral<sup>27</sup>] que sean expeditos, poco onerosos, justos [, receptivos a una amplia gama de medios probatorios<sup>28</sup>,] y eficaces para

---

<sup>22</sup> En sentido análogo, la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal (2015) dispone que a los fines de “facilitar la transición a la economía formal, los Miembros deberían tener en cuenta [...] la necesidad de prevenir y sancionar la conducta de evitar o abandonar deliberadamente la economía formal con el fin de evadir el pago de impuestos y el cumplimiento de la legislación social y laboral” (párr. 7.1).

<sup>23</sup> La determinación de la existencia de una relación de trabajo resulta relevante por virtud de las obligaciones patronales de contribuir al financiamiento del sistema de seguridad social y de retener del salario de sus trabajadores las contribuciones que –a idéntico fin- a estos correspondan.

<sup>24</sup> “El trabajador produce renta a través de la comercialización de su esfuerzo personal, y el patrono consume riqueza al adquirir la mano de obra necesaria para la realización de su emprendimiento. De ese modo, el trabajo deviene en hecho relevante para el Derecho Tributario como índice de capacidad contributiva, y en consecuencia como objeto material de obligaciones tributarias.” Carlos Weffe, “El test de autonomía (contratista independiente-empleado) del Internal Revenue Service (EE.UU.). Un esbozo de aproximación a los conflictos de calificación en materia tributaria”, *Revista Tripalium*, vol. II, núm. 2 - 2020, 2020, pp. 83 y 84. Recuperado de: <https://tripaliumsite.files.wordpress.com/2020/05/e-revista-tripalium-nro.-2-2020-2.pdf>.

<sup>25</sup> Las funciones de la administración del trabajo en la determinación de la existencia de una relación de trabajo aparecen ratificadas en el párr. 16 de la Recomendación 198 OIT: “Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento”.

<sup>26</sup> Por ejemplo, en Resolución N° 087-2016/Intendencia de Lima Metropolitana de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), se advirtió que “en atención al principio de primacía de la realidad, que exige el conocimiento de la verdad real y que los hechos deben primar sobre las apariencias, este despacho no se puede conformar con la verdad aparente, contenida en los Contratos de Locación de Servicios”. *Gaceta Jurídica, Compendium Laboral*, Luis Valderrama y Paul Cavalíé C. (coordinadores), Lima, Gaceta Jurídica, 2018, p. 57.

<sup>27</sup> Párr. 14 de la Recomendación 198 OIT.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párr. 11.a.



la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo (Recomendación 198 OIT, párr. 4.e)<sup>29</sup>.

A mayor abundamiento, conviene advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, precisó los rasgos esenciales que debe exhibir el modelo de justicia laboral: (i) irrenunciabilidad del derecho de los trabajadores a acudir a las autoridades judiciales competentes para someter conflictos laborales de toda índole, salvo los casos en que estén legalmente previstos otros medios de resolución de conflictos; (ii) una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral, conforme al número de casos y de demandas en materia laboral; (iii) la aplicación de la perspectiva de género en la resolución de conflictos laborales; (iv) la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales; (v) *la distribución de las cargas probatorias, el análisis probatorio y la motivación de las providencias judiciales conforme a principios que compensen las desigualdades propias del mundo del trabajo, tales como el principio in dubio pro operario y el principio de favorabilidad*; (vi) la gratuidad de la justicia laboral; y (vii) la garantía del derecho de defensa especializada (párr. 116).

### 3. Vicisitudes probatorias: presunción e indicios

Presumida *–ex lege–* la relación de trabajo, a partir de la acreditación del carácter personal del servicio<sup>30</sup>, recaerá sobre el *empleador presunto* la carga de desvirtuar dicho vínculo jurídico mediante la enervación de uno cualquiera de sus restantes presupuestos o rasgos denotativos, es decir, la subordinación o dependencia, y/o su carácter productivo, esto es, la idoneidad para recabar medios de subsistencia<sup>31</sup>.

Este último rasgo, marginalmente debatido en instancias administrativas o judiciales, entraña la irrelevancia, bajo la óptica del Derecho del trabajo, de aquellos servicios ejecutados *–primordialmente–* por razones ajenas a la satisfacción de las necesidades vitales

---

<sup>29</sup> En sentido análogo, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el art. 8.1 ejusdem, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, mediante recurso sencillo, rápido y efectivo. La trascendencia de la tutela judicial efectiva, a propósito del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, fue puesta de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Spoltore vs. Argentina* de 9 de junio de 2020.

<sup>30</sup> Presunción consagrada en todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, con la excepción del uruguayo. En Venezuela dicha presunción aparece prevista en el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

<sup>31</sup> El art. 163 de la Constitución de Weimar (1919) consagró que a “todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo”. Asimismo, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas previene que “el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Ver: Mario Ackerman, “El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo”, *Libro Memoria del I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales*, Última Edición, Caracas, 2005, pp. 258-260.

del trabajador, esto es, justificados por motivos altruistas, religiosos, familiares, vecinales, ideológicos, etc.<sup>32</sup>

Por su parte, la subordinación o dependencia jurídica, inopinable epicentro de conflictividad, coloca sobre los hombros del presunto empleador la carga de probar -si pretende desvirtuar dicho estatus- el carácter autónomo o independiente de los servicios personales. Dicho objetivo –como fue advertido en su oportunidad- no deviene alcanzado con la simple enervación de algún indicio arquetípico de la relación de trabajo. Por el contrario, impone aportar un cúmulo indiciario que, atendiendo a su gravedad, concordancia y convergencia<sup>33</sup>, permita al juzgador inferir que el trabajador desarrolló su propia actividad empresarial.

En efecto, desde la óptica binaria del Derecho del trabajo el trabajador subordinado o dependiente es la persona natural que presta servicios bajo el poder de dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa; mientras que el trabajador autónomo -por contraposición- será aquel que ejecute servicios en la forma y con los elementos<sup>34</sup> que estime convenientes<sup>35-36</sup>.

A los fines de desvirtuar la existencia presunta de una relación de trabajo resultaría ideal acreditar –siguiendo el catálogo que consagra la Recomendación 198 OIT, párr. 13- que el

---

<sup>32</sup> En este sentido, el art. 29 del Código del Trabajo (Paraguay) excluye de su ámbito personal de validez a los trabajos de carácter familiar (“en los que solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, bajo la protección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajan no sean asalariados”), y a los “servicios amistosos y de buena vecindad” ejecutados ocasionalmente. En términos análogo, el art. 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela) excluye de la presunción de laboralidad a aquellos servicios ejecutados “por razones de orden ético o de interés social” en beneficio de la “sociedad” o de “instituciones sin fines de lucro”.

<sup>33</sup> La Corte Suprema de California (EE.UU.), en su icónica sentencia de 23 de marzo de 1989 (S003956), *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*, destacó que los factores que integran el test de laboralidad o control no pueden ser aplicados “mecánicamente” como si fuesen evaluaciones independientes. Por el contrario, dichos factores se encuentran entrelazados y su peso depende a menudo de específicas combinaciones.

<sup>34</sup> Al *contratista* se le considera autónomo –y, por ende, no compromete la responsabilidad patronal del beneficiario- por ejecutar obras o servicios *con sus propios elementos*: por ejemplo, arts. 34.1 del Código Sustantivo del Trabajo (Colombia), 5, único aparte del Código de Trabajo (Guatemala), 89 del Código del Trabajo (Panamá), 12 del Código de Trabajo (República Dominicana), y 49 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela). Por contraposición, el *intermediario* se limita a suministrar trabajadores, evidenciando así que carece de empresa a su cargo y, por tanto, comprometiéndolo la responsabilidad patronal del beneficiario.

<sup>35</sup> El art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (España) define al trabajador autónomo como aquella persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo.

<sup>36</sup> “[N]o consta que el actor fuera un verdadero empresario que -titular de un negocio- ofreciese su actividad empresarial en el mercado y que asumiera el riesgo y ventura de tal hipotética actividad; lo que se desprende, por el contrario, es que la actividad se prestaba exclusivamente para la demandada en la forma y condiciones que esta determinaba.” Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 1.

trabajador –lejos de integrar una empresa ajena- ensambla su propia actividad productiva y que, por tanto, es él quien aporta las “herramientas, materiales y maquinarias” necesarios para alcanzar sus fines, afronta los “riesgos financieros”, ofrece sus servicios a una pluralidad “abierta e indeterminada”<sup>37</sup> de clientes, y, en dicho contexto, determina –libre de instrucciones y controles provenientes de terceros- los criterios técnicos y económicos que orientan su obrar.

En este contexto se inserta el test ABC que la Corte Suprema de California (EE.UU.) implementó en sustitución –por lo menos en lo que respecta al régimen salarial<sup>38</sup>- del clásico test Borello<sup>39</sup> (sentencia S222-732 de 30 de abril de 2018, *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*)<sup>40</sup>. Este cambio supuso dejar atrás el análisis de los indicios multifactoriales de existencia de una relación de trabajo para, en su lugar, volcarse exclusivamente sobre los presupuestos o condiciones del trabajo autónomo o independiente.

A tal fin, opera la presunción de un vínculo laboral entre el prestador personal del servicio y quien lo tolera, permite o recibe, recayendo sobre este la carga de desvirtuarla mediante la prueba de tres elementos concurrentes: (a) ausencia –contractual y fáctica- de control y dirección sobre la forma y medios de ejecución del trabajo, en los términos a los que se sometería –en el contexto específico- a trabajadores subordinados; y (b) Independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante<sup>41</sup>; y (c) habitualidad del

---

<sup>37</sup> Fernando Valdés Dal-Ré, “El estatuto del trabajador autónomo en la legislación española”, *Revista de Derecho Laboral, La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar*, N° 2020-1, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2020, p. 376.

<sup>38</sup> En *Garcia v. Border Transportation Group, LLC* (22 de octubre de 2018), la Corte de Apelaciones de California (4° Distrito) consideró que el test ABC –en los términos previstos en *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*- solo resulta aplicable en lo concerniente a las directivas sobre salario (*wage orders*) emanadas de la *Industrial Welfare Commission*. Por tanto, el test de laboralidad –según contempló la Corte Suprema del Edo. de California en *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (23 de marzo de 1989)- sigue resultando aplicable para dirimir las controversias ajenas a dicho régimen, esto es, aquellas derivadas de las previsiones del Código de Trabajo.

<sup>39</sup> Refiere al catálogo desarrollado por la Corte Suprema de California en sentencia de 23 de marzo de 1989 (S003956), *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*. Dicha sentencia 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. En el caso concreto fue reconocida la existencia de una relación de trabajo toda vez que el accionado controlaba íntegramente las operaciones: adquisición de semillas, siembra, provisión y aplicación de fertilizantes, fumigación, oportunidad de cosechar, suministro de empaques, distribución, y fijación del precio de venta. En dicho ámbito, el trabajo manual ejecutado por los demandantes, aunque arduo y metódico, no requería particulares destrezas, hasta el grado de que solo podía ejecutarse correctamente de una única manera, razón por la cual la supervisión y disciplina directas resultaban innecesarias. Asimismo, se advierte que los demandantes solo aportaron su trabajo personal, careciendo de oportunidades para influir sobre sus eventuales ganancias o pérdidas económicas.

<sup>40</sup> Recuperado de: <https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724>.

<sup>41</sup> Así lo ilustra la sentencia comentada: 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 este 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 esta luego

prestador del servicio en la ejecución independiente de actividades productivas de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante.

El referido criterio jurisprudencial –que ya contaba con precedentes normativos de ámbito estatal<sup>42</sup>- devino plasmado en la Ley AB 5 de 18 de septiembre de 2019<sup>43</sup> que reformó, con vigencia a partir del 1º de enero de 2020, el Código de Trabajo y el Código del Seguro de Desempleo de California, EE.UU.<sup>44</sup>

Finalmente, cabe referir que, en sentido análogo y como reacción a la evaluación aplicada –desde 1987- por el Servicio de Impuestos Internos de los EE.UU.<sup>45</sup>, se ha ensayado la verificación de un único factor a los fines de determinar la naturaleza laboral –o no- de la actividad desplegada por el contribuyente (*step-back test*): ¿puede el beneficiario o contratante ejercer cualquier control más allá de: (i) la determinación de una lista inicial de requerimientos acerca del resultado –producto o servicio- esperado, y (ii) la inspección y aceptación de los productos o servicios?<sup>46</sup> Si la respuesta es afirmativa, se declarará la existencia de una relación de trabajo. En caso contrario, se considerará que el trabajo fue ejecutado en condiciones de autonomía.

#### 4. Plataformas tecnológicas y servicios bajo demanda

---

vende a sus clientes, o cuando una panadería contrata decoradores de pasteles para trabajar regularmente en el diseño personalizado de sus pasteles, dichos servicios forman parte de la operación habitual del negocio de la contratante y, por tanto, se asume que esta toleró o permitió que tales servicios fuesen prestados como si se tratase de trabajadores (subordinados).

<sup>42</sup> Por ejemplo, Maine (1935) y Massachusetts (2004). Anna Deknatel y Laurie Hoff-Downing, “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, p. 65. Recuperado de: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc>.

<sup>43</sup> Assembly Bill N° 5. Recuperado de: [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201920200AB5](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5).

<sup>44</sup> La AB5 excluye del test ABC a una amplia gama de categorías profesionales (por ejemplo, vendedores inmobiliarios, médicos, abogados, dentistas, ingenieros, psicólogos, arquitectos, agentes de viaje, administradores de recursos humanos, diseñadores gráficos, y fotógrafos). En estos casos, la determinación de la existencia de una relación de trabajo se verificará a través del clásico test Borello, junto con aquellos otros criterios de escrutinio expresamente previstos en la Ley.

<sup>45</sup> Este test de control abarca tres ejes sustantivos: (i) control conductual (tipo de instrucciones, grado de instrucciones, sistemas de evaluación, y entrenamiento brindado al prestador de servicios); (ii) 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 (iii) tipo de relación (contrato escrito, beneficios –típicos- de trabajador dependiente, permanencia del vínculo, y servicios prestados en la actividad esencial –*key activity*- del contratante). Ver: <https://www.irs.gov/es/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee>.

<sup>46</sup> Ver, Karen R. Harned, Georgine M. Kryda y Elizabeth A. Milito, “Creating a Workable Legal Standard for Defining an Independent Contractor”, *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 4, No. 1, 2010, p. 113. Recuperado de: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=jbel>.

En este caso específico conviene reiterar la evidente integración del trabajador en la organización de una empresa que no les es propia<sup>47</sup>: ajeno a las estrategias de mercado, carente de clientela propia, extraño a la fijación del precio de la obra o servicio que ejecuta, sometido a controles algorítmicos y medidas disciplinarias, aportador tan solo esfuerzo personal y herramientas básicas de trabajo -cuya importancia deviene marginal si se contrasta con la plataforma digital<sup>48</sup>-, y obligado –en ciertos casos- a prestar el servicio personalmente, usar uniforme y/o exhibir símbolos de la empresa que otro organiza<sup>49</sup>.

Se desprende de lo anterior que, además de integrarse en la actividad productiva que otro organiza, el trabajador de plataformas digitales bajo demanda presta servicios en típicas condiciones de subordinación o dependencia jurídica, esto es, bajo la dirección, vigilancia y disciplina del titular de la empresa, tal como se desgaja –entre otros indicios- del deber de prestación personal del servicio, uso de uniforme, exhibición de símbolos empresariales ajenos, y –sobre todo- sujeción a controles algorítmicos, evaluación de desempeño, y medidas disciplinarias:

- (i) En ciertos modelos empresariales, al trabajador le está prohibido ceder, en todo o en parte, a otro u otros, la ejecución del servicio contratado, a menos que el titular de la plataforma digital lo consienta. El referido carácter *intuitio personae* del servicio, además de constituir un trascendente indicio de existencia de una relación de trabajo, revela, en el contexto específico y apreciado desde óptima distancia, rasgos relevantes de la empresa en cuyo ámbito se inserta. Por ejemplo, en el caso de Uber dicho atributo responde claramente al objetivo de ofrecer un servicio de transporte confiable y seguro a través de la transmisión al cliente de las señas de identidad tanto del conductor como del vehículo utilizado.
- (ii) El uso imperativo de cierta indumentaria<sup>50</sup> -manifestación palmaria de pérdida de individuación- y la exhibición de símbolos de empresa ajena develan

---

<sup>47</sup> El indicio “integración del trabajador en la organización de la empresa” mereció –por ejemplo- enjundioso análisis y resultó particularmente esclarecedor en las primeras sentencias que, en Uruguay, reconocieron carácter laboral al vínculo trabado entre UBER y los conductores demandantes: Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, N° 204/2009; juzgado letrado de primera instancia de 5to. turno, N° 8/2012; juzgado letrado del trabajo de la capital de 6° turno, N° 77/2019; tribunal de apelaciones de trabajo de primer turno, N° 89/2020; y juzgado letrado del trabajo de la capital de 9° turno, N° 3/2022.

<sup>48</sup> “[R]esulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor.” Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

<sup>49</sup> El trabajador se “ha integrado así a un servicio de transporte creado y enteramente organizado por Uber BV, que existe únicamente gracias a dicha plataforma, un servicio de transporte a través del cual no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte, las cuales son regidas en su totalidad por la empresa Uber BV”. Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

<sup>50</sup> Ver, por ejemplo: (i) Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencias de 19 de abril de 2011 (“nos encontramos con una iniciativa empresarial que en principio se encuentra dentro de las facultades de su poder de dirección, como es la orden de uniformidad de los empleados...”) y 23 de enero de 2001 (“las condiciones contractuales, que derivan de la actividad desempeñada en la empresa pueden implicar la adopción de condiciones de diverso tipo, entre las que puede figurar la uniformidad en la vestimenta prevista en el

emblemáticamente el robusto poder directivo del titular de esta y, consecuentemente, el estado de sujeción del trabajador a estándares y directrices confeccionados por otro.

- (iii) La actividad del trabajador de plataformas digitales –a pesar de prestar servicios al margen de centros de trabajo y supervisión personal directa- se encuentra efectivamente sometida a –rígidos e ininterrumpidos- controles algorítmicos que permiten recabar datos tempo-espaciales relacionados con la conexión a la aplicación tecnológica y el modo de ejecución del servicio<sup>51</sup>; dilatando significativamente el alcance de los tradicionales poderes patronales de dirección y vigilancia<sup>52</sup>.
- (iv) En ciertos casos, la actividad del trabajador está sujeta a encuestas de satisfacción cumplimentadas por la clientela, las cuales son diseñadas, remitidas, recabadas y ponderadas por el titular de la plataforma digital. Esta modalidad de control indirecto<sup>53</sup> o diferido del trabajador configura un indicio –también- robusto de existencia de una relación de trabajo<sup>54</sup>, tal como ha sido ampliamente destacado por la jurisprudencia<sup>55</sup>.

---

desarrollo de la actividad, y que la determinación de esta uniformidad en principio -en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados- es competencia del empleador, salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador...”; y (ii) Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sentencia de 7 de octubre de 2007 (“es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supuestas sin necesidad de un acuerdo expreso. Siendo ello así, quien aceptó prestar tareas de aquella índole carece de justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requiera el desempeño de sus cometidos profesionales”).

<sup>51</sup> “[L]a plataforma ejerce cierto grado de supervisión y control [sobre el trabajador], determinando con precisión cuándo, cómo y dónde el trabajo debe ser prestado”. OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 317, p. 139.

<sup>52</sup> “[L]a empresa, merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el [trabajador...] desempeña.” Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019 (considerando trigésimo octavo, *in fine*). “[L]a empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio”. Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

<sup>53</sup> “[E]n la economía de plataformas, el control es parcialmente ejercido a través de evaluaciones cumplimentadas por los clientes”. Organización Internacional del Trabajo, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 249, p. 112.

<sup>54</sup> “[E]l uso de sistemas de evaluación o mecanismos automáticos de revisión para monitorear y evaluar el desempeño laboral está en contradicción con el supuesto estatus de trabajador autónomo que se adjudica a quienes prestan servicios mediante plataformas tecnológicas.” *Ibidem*, párr. 317, p. 139.

<sup>55</sup> “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.” Sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*). En sentido análogo, en sentencia de 13 de febrero de 2017 (*Processo Nº 0011359-34.2016.5.03.0112*), proferida por el Juzgado 33º del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), (*Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil*

- (v) La información obtenida –a través de la plataforma digital y las encuestas de satisfacción- sobre el desempeño del trabajador -períodos de desconexión, rechazo de servicios, rutas de ejecución, trato a la clientela, etc.- suele justificar la adopción de medidas disciplinarias; algunas directas y evidentes como la suspensión –temporal<sup>56</sup> o definitiva<sup>57-58</sup>- de la cuenta asignada para conectarse a la plataforma o el ajuste –peyorativo- de la tarifa por trabajo ejecutado ineficientemente<sup>59</sup>, y otras indirectas o sutiles como el deterioro de la valoración interna a los fines de la selección de franjas horarias<sup>60</sup>.

Aunque luzca categórica la existencia de una relación de trabajo en los términos delatados en los párrafos precedente, conviene –por razones de exhaustividad y ponderación- ofrecer algunos comentarios en torno a los rasgos de autonomía que, aunque escasamente relevantes o, incluso, impertinentes, han servido para negar carácter laboral a los vínculos escrutados:

---

*Tecnología Ltda.*), se destaca, como manifestación de control sobre la ejecución del trabajo, 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”.

<sup>56</sup> “[D]espués de tres negativas de solicitudes, se envía el mensaje «¿Sigues ahí?», con la carta invitando a los choferes que no desean aceptar viajes a «simplemente» desconectarse [...Dicha] invitación debe ser interpretada respecto a lo estipulado en el punto 2.4 del contrato, según el cual: «Uber también se reserva el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la Aplicación de Conductores o los Servicios de Uber por el Cliente o cualquiera de sus choferes o por cualquier otra razón, a la discreción razonable de Uber», que tienen por efecto el de alentar a los conductores a permanecer conectados con el fin de esperar hacer un viaje y así permanecer constantemente a disposición de Uber BV durante la duración de la conexión, sin poder realmente elegir libremente, como lo haría un conductor independiente, el viaje que les convenga o no”. Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

<sup>57</sup> Por ejemplo, la aplicación expiraría automáticamente si transcurriesen ciento ochenta días sin que el trabajador preste servicios de transporte: ver sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.), (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*).

<sup>58</sup> “Por otra parte, el trabajador carecía de libertad, dentro de su horario, para rechazar pedidos, resultando de la documental aportada que es precisamente, según manifestaciones de la empresa (Roofoods Spain S.L.U., titular de la plataforma Deliveroo), el rechazo de ofertas y falta de disponibilidad reiterados, lo que ha dado lugar a la extinción de la relación entre las partes.” Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

<sup>59</sup> “En cuanto a las tarifas, [...estas] se fijan contractualmente mediante los algoritmos de la plataforma Uber por medio de un mecanismo de predicción, imponiendo al conductor una ruta determinada que no es libre de elegir, ya que el contrato prevé en su artículo 4.3 una posibilidad de ajuste de la tarifa por parte de Uber, en particular si el conductor eligió una «ruta ineficiente»...”. Corte de Casación, Sala de lo Social (Francia), sentencia 373 de 4 de marzo de 2020 (*Uber France – Uber BV*).

<sup>60</sup> “[E]l rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, mas sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración -excelencia- disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar.” Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, trigésimo noveno fundamento de derecho.

- (i) El trabajador no se compromete a prestar servicios en condición de exclusividad: se trata –en el sentido negativo indicado- de un indicio endeble puesto que refiere a una previsión contractual –meramente formal- que nada predica acerca de las condiciones fácticas –modo, tiempo y lugar- de ejecución del trabajo o de la dependencia económica deducible de las prestaciones causadas<sup>61</sup>. De otra parte, es de advertir que resulta plausible –y no poco común- que un mismo trabajador preste servicios simultáneamente en el ámbito de dos o más relaciones de trabajo<sup>62</sup>, sin que ello desnaturalice los vínculos trabados. En cambio, se tornaría relevante el indicio si la prestación del servicio en condición de exclusividad fuese pactada o se verificase fácticamente<sup>63</sup>, toda vez que quedaría así en evidencia el estado de dependencia económica<sup>64</sup> del trabajador y su amplia disponibilidad frente al poder de mando patronal.
- (ii) En ciertos supuestos el trabajador –según previsión contractual- puede hacerse sustituir por otro u otros, enervándose el carácter *intuitio personae* que caracteriza el servicio prestado bajo relación de trabajo. Este constituye también un indicio endeble por su carácter meramente formal, ajeno a los datos fácticos que describen la modalidad de prestación del servicio y la retribución del mismo. Adicionalmente, en el caso de que efectivamente opere, dicha fungibilidad suele ser marginal y, a todo evento, condicionada a la autorización o tolerancia del titular de la plataforma tecnológica<sup>65</sup>; no resultando por tanto idónea para desvirtuar la existencia de una relación de trabajo<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Párr. 9, Recomendación 198 OIT: “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador...”.

<sup>62</sup> “[E]l hecho de no haber prestado servicios de forma exclusiva para la accionada, no constituye un elemento relevante a los fines de desvirtuar la presunción de la relación de trabajo”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 1206 de 12 de agosto de 2014. Recuperado de: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168210-1206%20\(SALA%20ESPECIAL%20I\)%20-12814-2014-12-033.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/168210-1206%20(SALA%20ESPECIAL%20I)%20-12814-2014-12-033.HTML). “Aunque la exclusividad es un elemento frecuente en las relaciones de trabajo no es un elemento definitorio de las mismas, por lo que puede resultar perfectamente posible que un trabajador labore para dos empresas a la vez, más aún cuando por la naturaleza misma de la función [...] no está sometido a régimen, jornada, ni asistencia a la sede de la empresa, sino que se ejerce el control de su actividad mediante el control de los resultados de la misma”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social (Venezuela), sentencia 797 de 16 de diciembre de 2003. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/RC797-161203-02624.HTM>.

<sup>63</sup> Párr. 13.a, Recomendación 198 OIT: entre los “indicios específicos” que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo se incluye “el hecho de que el trabajo [...] es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona”.

<sup>64</sup> En 2015 y 2017 la Organización Internacional del Trabajo encuestó a “3.500 trabajadores que residen en 75 países del mundo y que trabajan en cinco de las principales plataformas [digitales] dedicadas a la asignación de microtarefas”, verificándose que “cerca de 32 por ciento de los encuestados afirmaron que el que el trabajo en las plataformas es su fuente primaria de ingresos”. Janine Berg *et al*, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, OIT, Ginebra, 2019, pp. v, xvii, y 43.

<sup>65</sup> “[L]a subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios



(iii) El trabajador ostenta el poder de organizar, con amplísima flexibilidad, el tiempo de prestación del servicio, hasta el grado de conectarse y desconectarse de la aplicación a voluntad y rechazar –sin aparente sanción- los requerimientos dirigidos por el titular de la plataforma digital<sup>67</sup>. Al respecto, cabe advertir que dicha flexibilidad resulta intrínseca a la específica modalidad de organización empresarial en cuyo ámbito el trabajo se inserta. La actividad productiva se ensambla a partir de una plataforma digital que hilvana trabajadores, cuya densidad espacial y temporal – para atender adecuadamente los requerimientos del mercado- es perennemente ajustada mediante algoritmos. Así, el núcleo tecnológico de la empresa permite sustituir la clásica y rígida disponibilidad del trabajador individual, sujeto a horario y puesto de trabajo, por una más eficiente *disponibilidad plural y difusa*<sup>68</sup>, configurada por una red de potenciales prestadores de servicios, integrados al sistema, cuyo número, ubicación y franja horaria devienen ordenados algorítmicamente para asegurar los objetivos trazados. En este contexto, donde la individuación del prestador de servicios es sustituida por un colectivo –delimitado, homogéneo y no deliberante- de potenciales trabajadores, queda de manifiesto la impertinencia de los indicios referentes a horario, puesto de trabajo y exclusividad, y la irrelevancia del derecho a libre desconexión<sup>69</sup> o al rechazo de requerimientos de servicio<sup>70</sup>.

(iv) El hecho de que el trabajador aporte el vehículo y el teléfono celular, como herramientas o instrumentos de trabajo<sup>71-72-73</sup>, y deba además soportar los gastos y

---

acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito”. Juzgado de lo Social, número 6, Valencia (España), sentencia 244/2018 de 1º de junio de 2018.

<sup>66</sup> Ver, por ejemplo, sentencias 902/2017 y 365/2000 de 16 de noviembre de 2017 y 25 de enero de 2000, respectivamente, proferidas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España).

<sup>67</sup> Por ejemplo: (i) Tribunal Superior del Trabajo, Quinto Turno (Brasil), 5 de febrero de 2020, Recurso TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038; y (ii) Juzgado de lo Social N° 39 (Madrid), sentencia 284/2018 de 3 de septiembre de 2018, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

<sup>68</sup> En sentido análogo: “el uso de medios tecnológicos para distribuir tareas a una fuerza laboral indeterminada no puede justificar que dichas actividades sean consideradas modalidades de trabajo separadas del resto del mercado laboral.” OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 327, p. 142.

<sup>69</sup> En general, los contratos prevén que la prolongada desconexión del trabajador acarrea su exclusión del sistema puesto que –cabe inferir- ello incrementaría las probabilidades de ineficacia del modelo empresarial de disponibilidad plural y difusa de sus trabajadores.

<sup>70</sup> La frecuencia de tales rechazos podría afectar la calificación del trabajador y, por tanto, reducir las probabilidades de escogencia preferente de futuros requerimientos de servicio, sancionando así conductas que atentan contra la eficacia del modelo empresarial de disponibilidad plural y difusa de sus trabajadores.

<sup>71</sup> Resulta inconveniente revestir de significancia el hecho de que el trabajador aporte los “útiles de su propio oficio.” *Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals*, Irlanda, julio de 2001, actualizado en 2007. Ningún servicio personal habría de excluirse del ámbito de la relación de trabajo por el solo hecho de que sean utilizados “los implementos o la maquinaria del trabajador.” Ley de Contratos de Trabajo, N° 55, 2001, Finlandia (ver, Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, Dialogue, Documento N° 18, OIT, Ginebra, 2008, p. 44). Se trata, por el contrario, de ponderar inversiones profesionales significativas por parte del prestador de servicios, en los términos empleados por el test UNIZO de Bélgica (Arturo Bronstein, *Derecho Internacional y*

riesgos asociados a su mantenimiento y funcionamiento, reviste una importancia marginal si se contrasta con los elementos provistos por el titular de la empresa<sup>74</sup>, entre los cuales destaca –como núcleo empresarial- la plataforma tecnológica<sup>75</sup>.

En síntesis, resulta imperativo contextualizar el trabajo cuya naturaleza jurídica se pretende escrutar, delimitando la actividad empresarial en cuya esfera se desenvuelve, para –luego y sin obviar, si fuese el caso, la presunción de existencia del vínculo laboral- aprehender y ponderar –según su gravedad, concordancia y convergencia- los indicios que, en el supuesto específico, se estimen pertinentes y relevantes.

## 5. Epílogo

En la hipótesis del trabajo mediante plataformas digitales, en los términos expuestos en el presente ensayo, no cabe duda que se trata de arquetípicos vínculos de subordinación, apenas matizados por el influjo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación<sup>76</sup>.

---

*Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*, OIT-Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 59-60), o herramientas y maquinarias de alto valor, según ha sostenido la jurisprudencia del Japón (Oficina Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo...*, ob.cit., p. 45).

<sup>72</sup> El art. 1.1. del Convenio 177 OIT sobre el trabajo a domicilio (1996) dispone que la expresión *trabajo a domicilio* significa el trabajo que una persona realiza en su domicilio -o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador-, a cambio de una remuneración, y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, “independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello...”.

<sup>73</sup> “[R]esulta destacable la escasísima cuantía en inversión que el actor ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor.” Tribunal Supremo, Sala de lo Social (España), sentencia 96/2020 de 4 de febrero de 2020, quinto fundamento de derecho, numeral 2.

<sup>74</sup> “[E]n algunos casos, como en el trabajo a domicilio, los trabajadores normalmente utilizan sus propios materiales. Esto también ocurre en el trabajo mediante plataformas digitales, donde los trabajadores proveen sus bicicletas o computadores. Por ejemplo, en los servicios de entrega prestados mediante aplicaciones digitales, la bicicleta o motocicleta utilizada por mandadero no constituye la esencia del negocio, y es en cambio un servicio provisto a través del algoritmo que administra y evalúa el trabajo ejecutado”. OIT, *Promoviendo empleo y trabajo decente...*, ob.cit., párr. 246, p. 111.

<sup>75</sup> A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), en sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, con ocasión del escrutinio de la naturaleza jurídica del vínculo entre GLOVOAPP23, S.L. y los recaderos que prestan servicios en el ámbito de la empresa organizada por dicha sociedad, sostuvo lo siguiente: “En cuanto a la ajenidad en los medios, su presencia en este caso resulta inobjetable. Basta con comparar, de un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no”.

<sup>76</sup> En este sentido, por ejemplo, la modalidad empresarial de Glovo no dista demasiado de la tradicional organización de servicios de mensajería o recados: “sobre cuestión muy similar a la que ahora se somete a nuestra atención enjuiciadora, si bien el modo de comunicación entonces existente entre el mensajero y la

La facultad del trabajador de organizar con amplísima flexibilidad el tiempo y lugar de ejecución de sus servicios no puede considerarse, en sí misma, enervante de la existencia de una relación de trabajo. La justa ponderación de este elemento exige su previa contextualización en la esfera de la actividad empresarial en cuyo ámbito se ensambla. La arquitectura empresarial forja la arquitectura de la subordinación del trabajo que en su seno se desenvuelve.

Procede entonces dejar de concebir a la subordinación como conjunción de los rasgos arquetípicos del trabajo fabril, y –por contra- aprehenderla a través de la comprensión del poder organizativo –y su impronta sobre el trabajo- que toda empresa –cualquiera sea su estructura u objeto- entraña.

---

empresa no se materializaba a través de una plataforma digital a la que conectarse, sino valiéndose de los medios que a la sazón había, tuvo ocasión de pronunciarse tiempo ha la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su emblemática sentencia de 26 de febrero de 1.986 [...]Se trata, pues, de supuesto que se asemeja en buena medida al que ahora nos ocupa, salvo, insistimos, en lo que toca al medio de comunicación entre la empresa y el repartidor, que en el presente caso se vale para ello de una plataforma digital y la aplicación informática que se anuda a ella propiedad de la demandada, elementos que, como se verá, resultan de suma trascendencia”. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Nº 01 de lo Social), sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, fundamento de derecho vigésimo quinto.