



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO LA OTRA MIRADA

Coordinador
César Carballo Mena

Serie Estudios
122



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO LA OTRA MIRADA

CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA
Coordinador

Caracas, Venezuela
2020

R555

Régimen jurídico del trabajo. La otra mirada / César Augusto Carballo Mena (Coordinador) -- Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.
216 p.

ISBN: 978-980-416-017-2
Depósito Legal: DC2020000370

1. DERECHO DEL TRABAJO 2. RELACIONES LABORALES
3. TRABAJO AUTÓNOMO 4. EMPRESA DIGITAL

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO,
SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

Depósito legal: DC2020000370

ISBN: 978-980-416-017-2

© Copyright 2020

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482.88.45 - 482.86.34

Fax: (0212) 483.26.74

Página Web: www.acienpol.org.ve

✉ academiadecienciaspoliticas@gmail.com

🐦 @acienpol

📷 @acienpol

Biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”

Telefax: (0212) 481.60.35

e-mail: acpsbiblioteca@gmail.com

Servicio on line:

Sistema de Cooperación Jurídica: www.scjuridica.org.ve

Centro de Investigaciones Jurídicas: www.acienpol-cij.org.ve

Servicio on line:

Proyecto Ulpiano: www.ulpiano.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLAS SE EMITAN.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO LA OTRA MIRADA

ÍNDICE

Presentación <i>César Augusto Carballo Mena</i>	7
Los contratos de distribución y franquicia como contratos de adhesión. <i>Carlos Eduardo Acedo Sucre</i>	17
Gigantoeconomía globalizada de intercambio: las nuevas formas de salir de los cercos jurídicos nacionales y su impacto en el Derecho Laboral. <i>Tamara Adrián</i>	43
Caracterización del trabajo sexual y su aproximación a la relación laboral en Colombia: un análisis jurisprudencial. <i>Javier Eduardo Almanza Junco</i>	63
La subordinación y dependencia en el derecho del trabajo ¿Está verdaderamente en crisis? <i>Pablo Arellano Ortiz</i>	81
Indicios de la relación de trabajo y empresa digital <i>César Augusto Carballo Mena</i>	97
La importancia de los principios del Derecho del Trabajo para el futuro de las relaciones laborales <i>Jair De Freitas De Jesús</i>	113
La relación jurídica de los miembros de los despachos de abogados en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia <i>Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño</i>	135

La tutela del trabajo autónomo <i>Oscar Hernández Álvarez</i>	149
Diferentes derechos para diferentes trabajadores: conductores y repartidores contratados a través de aplicaciones <i>Victorino Márquez Ferrer</i>	165
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 <i>Carlos E. Weffe H.</i>	195

PRESENTACIÓN

César Augusto Carballo Mena

“Toda ausencia es una mirada: la otra mirada”

Roberto Juarroz, *Casi poesía* (55)

El carácter binario del régimen jurídico del trabajo personal –subordinado o autónomo– justifica con mucho la intensa conflictividad que suele suscitar el reconocimiento de la existencia de la relación de trabajo: en su ámbito, el trabajador es merecedor de tutela –a través de normas estatales de orden público, control de cumplimiento por parte de la administración del trabajo, y garantía del pleno ejercicio de la libertad sindical–; mientras que, por contraposición, el trabajador autónomo o independiente queda librado al ejercicio de la autonomía de la voluntad y sometido a no pocas restricciones –fácticas y normativas– en materia sindical¹.

¹ Conviene destacar que los trabajadores autónomos o independientes son también titulares del derecho a organizarse en sindicatos para la defensa y promoción de sus intereses colectivos, grupales o de clase: “En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores –con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía– deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, *los trabajadores autónomos en general* o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse” (cursivas mías). Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, Ginebra, OIT, 2018, párr. 387, p. 71.

Sin embargo, las restricciones normativas, la heterogeneidad de intereses entre los trabajadores autónomos o independientes, y la inestabilidad de sus vínculos contractuales, entre otros factores, tienden a inhibir o restringir el ejercicio de la libertad sindical.

Un ejemplo reciente lo pone de manifiesto: el 1º de octubre de 2018, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina), fue realizada la asamblea fundacional de la organización sindical denominada Asociación de Personal de Plataformas (APP). Tres de sus directivos, quienes prestaban servicios en el ámbito de la empresa organizada por RAPPI ARG. SAS, denunciaron ante instancias judiciales haber sido –como consecuencia de su actividad sindical– “súbitamente bloqueados para ingresar a la plataforma digital [que explota dicha

La advertida conflictividad proviene tanto del *encubrimiento* de la relación de trabajo mediante *simulación* de un vínculo jurídico de naturaleza disímil –generalmente civil o mercantil–, como de servicios personales *objetivamente ambiguos*, es decir, aquellos que exhiben –al mismo tiempo y para consternación del juzgador– arquetípicos rasgos de subordinación y autonomía, ubicándose –por ende– en *zonas grises, fronterizas o penumbrosas*.

La presente obra afronta este –siempre polémico y actual– tema desde una doble perspectiva: de un lado, la visión del Derecho del Trabajo, cuyo objeto es la protección de la integridad –física, psíquica y moral– del trabajador sometido al poder patronal de dirección, vigilancia y disciplina, y del otro, la mirada del trabajo a través de otras disciplinas jurídicas para las que resulta relevante la calificación del carácter autónomo de la prestación personal de servicios a los fines de someterla a tipos contractuales de naturaleza civil o mercantil, o determinar el régimen tributario que –bajo la concepción binaria imperante– corresponda.

En definitiva, se trata de impulsar un diálogo plural y heterogéneo que ponga de relieve las semejanzas y diferencias que anidan en las diversas técnicas de calificación jurídica del trabajo:

§.1. A partir de la óptica que ofrece el Derecho del Trabajo.

El prof. Javier Eduardo Almanza (Universidad del Rosario, Bogotá) aborda –en *Caracterización del trabajo sexual y su aproximación a la relación laboral en Colombia: un análisis jurisprudencial*– el controvertido y “nada sencillo” reconocimiento jurídico del trabajo sexual ejecutado en condiciones de subordinación o autonomía, a la luz de la

sociedad...], y –por ende– para desempeñar el servicio de reparto de mercaderías para el cual fueron contratados”. Por tal virtud fue recabada, en primera instancia, medida cautelar que –en tutela de la libertad sindical– ordenó “desbloquear” el acceso a la respectiva aplicación informática (Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°37, Expte. N° 46618/2018, sentencia interlocutoria definitiva N° 1141 de 19 de marzo de 2019). No obstante, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - Sala IX, en sentencia de 19 de julio de 2019, revocó dicha medida, por considerar que resultaba imperativo dilucidar, en primer término y al margen de la justicia cautelar, la naturaleza jurídica –subordinada o autónoma– del vínculo trabado entre los actores, de un lado, y la accionada, del otro.

densa jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia a partir de la –icónica– sentencia T-629 de 2010. Dicha Corte, considerando la vulnerabilidad de quienes ejercen esta modalidad de trabajo, ha impuesto a las autoridades competentes brindar “una especial protección constitucional a favor de quienes desempeñan la prostitución, que se materializa en la adopción de acciones afirmativas que contribuyan a combatir el estigma del que son objeto, y garanticen que este grupo esté en igualdad de dignidad y derechos” (sentencia T-736 de 2015). Esta tendencia tutelar del trabajador sexual contrasta –me permito advertir– con la invisibilidad del fenómeno² y/o su proscripción en

² La jurisprudencia venezolana desconoce vínculos laborales en el ámbito de la prostitución. Tradicionalmente ha sostenido que en tales circunstancias el *contrato de trabajo* resulta inexistente por *causa ilícita*, toda vez que la actividad que constituye su objeto transgrede la dignidad humana: “Si la causa es ilegítima, teniendo en cuenta el aspecto de orden público de normas no resquebrajables que protegen un orden jurídico o interés trascendentes a los intereses individuales, los efectos jurídicos serán asimilables a la inexistencia de la causa o nulidad del acuerdo de voluntades en cuanto, en casos como el presente, a la aplicación de normas tuitivas protectoras de una colectividad trabajadora donde se busca enaltecer al individuo como ser humano” (Sentencia de 3 de marzo de 1995, proferida por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, transcrita en *Revista de Derecho Probatorio* N° 6, dirigida por Jesús Eduardo Cabrera, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1996, pp. 405-413). Al respecto solo destacar, de un lado, que la postura imperante desatiende la existencia de la *relación de trabajo* como dato fáctico desencadenante de obligaciones a cargo del titular del poder de mando, independientemente del –alegado– vicio en la causa, y del otro, que la tutela de la *dignidad humana* debería conducir a proteger a quien decide –libremente– ejercer la prostitución como fuente de sustento para sí y su núcleo familiar, previniendo la vulneración de sus derechos fundamentales. La *deslaborización* de la prostitución, es decir, la negación de relaciones de trabajo en dicho ámbito y, por ende, de la tutela que ello traduce a favor del prestadores de servicios, opera –paradójicamente– como incentivo de la prostitución como actividad productiva desregulada, ajena a cargas laborales, fiscales y de seguridad social. Debo, finalmente, destacar como voz disonante en el espectro jurisprudencial venezolano, la sentencia –ciertamente valiente– emitida el 16 de noviembre de 1994 por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (*Revista de Derecho Probatorio*, N° 6, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1995, pp. 375-405), reconociendo la relación laboral trabada entre la persona natural –casualmente de nacionalidad colombiana– que prestaba servicios como *fichera* (quien incentiva el consumo de bebidas alcohólicas en el local que las expende) y ejercía –en el mismo centro de trabajo– la prostitución, y la persona jurídica que organizaba aquella actividad. Aunque la sentencia declara la licitud de la prostitución y la conveniencia –y justicia– de su reconocimiento como fenómeno social, deja traslucir prejuicios –propios de la época y que, lamentablemente, persisten aún– tales como la incompatibilidad de la prostitución con “el sagrado derecho [de los hijos] de saber quién es su padre, conocerlo,

el ámbito de la relación de trabajo por estimar que, bajo tal hipótesis, el empleador incurriría en proxenetismo³.

Por su parte, Pablo Arellano Ortíz, quien es especialista en Derecho del Trabajo en la Unidad de Derecho Laboral y Reforma del Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, Suiza), sostiene –en su ensayo *La subordinación y dependencia en el derecho del trabajo. ¿Está verdaderamente en crisis?*–, que “la subordinación como criterio jurídico [denotativo de la relación de trabajo] sigue vigente no obstante las tensiones y las políticas públicas que se intentan promover en los últimos años”. En consecuencia, “la encrucijada actual del Derecho del trabajo no pasa por una mayor o menor preponderancia de la subordinación y dependencia. [...Más bien, los] esfuerzos normativos deben ser reorientados hacia los mecanismos que permitan una mayor efectividad de la regulación de fondo del Derecho del trabajo”.

Jair De Freitas, en *La importancia de los principios del Derecho del Trabajo para el futuro de las relaciones laborales*, analiza la trascendencia de estos principios, sometidos a una “nueva y audaz interpretación revitalizadora”, para afrontar las “nuevas realidades y perspectivas

tratarlo y quererlo” (p. 387); el “riesgo de considerar mejor, aceptar o permitir el aborto como realidad y solución frente a un embarazo no querido” (ídem); el “alto grado de promiscuidad representada en muchos casos por relaciones sexuales *contra natura* tales como orgías, relaciones anales, lesbianismos y homosexualidad” (p. 388); su asociación con el “tráfico y consumo de estupefacientes, y alcoholismo” (ídem); su condición de fuente de “desviaciones sexuales” (ídem); su ejercicio –fundamentalmente– por parte de “la mujer carente de pareja” (p. 390); y el riesgo de que su licitud y reconocimiento laboral “abran puertas para otros elementos de perturbación social tal y como podría ser la homosexualidad en el hombre y en la mujer, el tráfico y consumo de drogas, el alcoholismo, el cigarrillo y todo género de vicio que [...] causan daños irreversibles, en el ser humano”.

³ La Audiencia Nacional, Sala de lo Social (España), en sentencia 174/2018 de 19 de noviembre de 2019 declaró que “no resulta admisible que el ámbito funcional de actuación de un sindicato comprenda actividades que, por su naturaleza no pueden ser objeto de un contrato de trabajo válido como es la prostitución por cuenta ajena, lo que implicaría a su vez reconocer como lícita la actividad del proxenetismo”. En sentido análogo, la sentencia 5388/2019 de 11 de noviembre de 2019, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declaró que “el objeto del contrato [de trabajo sexual] es ilícito, no porque [...] deba considerarse contrario a la moral ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo, y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario, resulta contraria a la dignidad humana”.

futuras repletas de potenciales conflictos”. En este contexto, –afirma– “los principios operan como brújula, como parámetro de compatibilidad en la producción normativa, interpretativa e incluso integrativa de un sistema que se sabe autónomo, tutelar y llamado a instrumentar las relaciones jurídicas con ocasión del trabajo”. Particularmente útiles –destaca– para abordar desde “un nuevo enfoque” el análisis de fenómenos como el empresario novatorio, el trabajador ciudadano, la subcontratación, los grupos de entidades de trabajo (nacionales e internacionales), el falso autónomo, los colaboradores independientes, las formas nómadas de prestación de servicios, el impacto de la tecnología de información y comunicación en el ámbito de las relaciones laborales, y la precarización en el empleo. “Ante a este cúmulo de interrogantes posicionadas frente al Derecho del Trabajo retado en tiempo y circunstancias, corresponde a los principios acudir como brújula orientadora. De allí su importancia en las relaciones de trabajo futuras que aspira instrumentar”.

Reinaldo Guilarte Lamuño, en su ensayo *La relación jurídica de los miembros de los despachos de abogados en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia*, ofrece un análisis crítico de los contenidos de la sentencia 375 de 21 de octubre de 2019, dictada por la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela). Dicha sentencia declaró, de un lado, la existencia de una *relación de trabajo* entre el Despacho de abogados y quien ejercía su profesión en dicho ámbito, y del otro, la *responsabilidad solidaria* que, en materia laboral, corresponde asumir a las sociedades extranjeras integrantes –junto con la sociedad que actúa en Venezuela– de un mismo grupo empresarial. En particular, el alto tribunal justificó su decisión –según sostiene el autor– en el hecho de que el demandante “(i) suscribió un contrato de trabajo; (ii) prestó servicios exclusivos; (iii) cumplió con una jornada de trabajo; (iv) tuvo acceso a información confidencial; (v) estuvo sometido a la subordinación de una sociedad extranjera; (vi) recibió el pago de un salario como contraprestación por sus servicios; (vii) no asumía pérdidas; (viii) prestó servicios con bienes de las codemandadas [sociedades extranjeras que constituyen un grupo empresarial]; y (ix) constituyó unas sociedades en el extranjero, sólo para recibir el pago de las [referidas] sociedades extranjeras”.

Contrariamente a lo expresado, el prof. Guilarte estima que –en realidad– entre las partes existió solo un vínculo societario toda vez que el actor “asumía las pérdidas del giro comercial del Despacho de Abogados, [...] debía contribuir con los gastos en los que incurría [...] la sociedad, sin que estuviera sometido a subordinación, siendo que su ingreso dependía de la facturación a los clientes del Despacho de Abogados...”. Desde esta perspectiva, la sentencia comentada habría observado los precedentes sobre la materia (sentencias 808 y 1094 de 11 de junio de 2008 y 8 de octubre de 2010, respectivamente, ambas proferidas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia) y, por tanto, incurrido en violación del principio de confianza y seguridad jurídica previsto en los arts. 21, 22 y 26 de la Constitución de la República. Vicio análogo cabría imputarle al fallo en lo relativo a la *responsabilidad solidaria* que en materia laboral se atribuyó a las sociedades extranjeras integrantes del –declarado– grupo empresarial, en trasgresión del criterio expuesto en las sentencias –proferidas también por dicho tribunal– 1633 de 14 de diciembre de 2004, 305 de 16 de abril de 2012 y 33 de 28 de febrero de 2013.

El prof. Oscar Hernández Álvarez, en *La tutela del trabajo autónomo*, destaca la naturaleza binaria del Derecho del Trabajo por cuya virtud es tutelado el trabajo en condiciones de subordinación o dependencia y excluido de su ámbito de aplicación el trabajo autónomo o independiente. Tal circunstancia recomienda –sobre todo en América Latina, considerando la expansión y precariedad de esta última modalidad de servicios– intensificar las políticas de prevención y enervación de prácticas de *encubrimiento de la relación de trabajo*, mejorar las técnicas destinadas a resolver los casos *objetivamente ambiguos*, y explorar modalidades de *tutela de la integridad del trabajador autónomo* (seguridad social, protección social, derechos colectivos, jurisdicción social, higiene y seguridad en el trabajo, condiciones de empleo y remuneración, etc.).

Finalmente, en *Indicios de la relación de trabajo y empresa digital* abordó el polémico caso del trabajo mediante plataformas tecnológicas y sostengo que la aplicación del test de laboralidad, a través del catálogo de indicios contemplado en el párr. 13 de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo

(2006), evidencia nítidamente la existencia –en ciertos supuestos– de una relación de trabajo entre el titular de la plataforma tecnológica y quien presta servicios personales en el ámbito de la empresa que aquél organiza, dirige y disciplina. El trabajador –en este contexto– aparece integrado en empresa ajena, marginado de las estrategias comerciales, carente de clientela propia, imposibilitado de fijar precio a sus servicios, extraño a la imagen y reputación empresariales, proveedor –apenas– de sus propias herramientas de trabajo –vehículo y teléfono móvil, en contraste con la neurálgica plataforma tecnológica–, sujeto a control –particularmente a través de sistemas de geolocalización– y régimen disciplinario.

§.2. Más allá de los límites del Derecho del Trabajo, otras miradas se posan sobre el fenómeno de la prestación personal de servicios y su calificación jurídica:

El académico Carlos Eduardo Acedo Sucre (*Los contratos de distribución y franquicia como contratos de adhesión*) analiza los contratos comerciales de distribución y franquicia, sosteniendo su carácter de típicos *contratos de adhesión* (“en ambos casos, el proponente tiene una posición de dominio frente al distribuidor o franquiciado. La existencia de cláusulas adicionales, negociadas, no priva el contrato de su carácter adhesivo”) y, como consecuencia de ello, mercedores tanto de interpretación favorable al contratante débil –distribuidor o franquiciado– como de mecanismos eficaces de interdicción de cláusulas abusivas –con base en los principios generales de buena fe, equidad y orden público. Al respecto, me permito agregar que la noción de *contratante débil* y la consecuente *articulación de mecanismos jurídicos destinados a impulsar su igualdad*, emparentan nítidamente con el principio de tutela del trabajador subordinado –a partir del cual se desarrolló el Derecho del Trabajo– y, precisamente por ello, ofrecen relevantes elementos a propósito del eventual diseño de mecanismos jurídicos de protección de la integridad del trabajador autónomo o independiente.

Tamara Adrián, en el muy interesante y actual ensayo *Gigantoeconomía globalizada de intercambio: las nuevas formas de salir de los cercos jurídicos nacionales y su impacto en el derecho laboral*, sostiene

que “la incursión de actores económicos que organizan y perfeccionan el intercambio de servicios bajo modalidades totalmente nuevas, produce cambios radicales en los ambientes económicos tradicionales. Gigantes económicos, como *Uber* o *AirBnB* desarrollan su actividad en la semiclandestinidad, y en los intersticios de la legalidad y la ilegalidad. Las reglas tradicionales de orden público, incluyendo las laborales, son difícilmente aplicables a estas nuevas realidades [de marcado ámbito global]. Esto genera retos insospechados [—a la luz de los tradicionales ordenamientos jurídicos nacionales—] para generar respuestas legales novedosas a formas novedosas de intercambio económico”.

Victorino Márquez Ferrer (*Diferentes derechos para diferentes trabajadores: conductores y repartidores contratados a través de aplicaciones*) describe los rasgos esenciales del modelo de negocio de “transporte privado de personas” y “de pedidos” “contratados” a través de aplicaciones; ofrece un panorama de “jurisprudencia comparada” en relación con la calificación jurídica del vínculo trabado entre los titulares de dichas plataformas y los prestadores de servicios personales en el ámbito de las empresas que aquellos organizan; suscribe la propuesta de cierta doctrina que aboga por reconocer “diferentes derechos para diferentes trabajadores” (que en el caso de trabajadores mediante plataformas tecnológicas se limitarían a la negociación colectiva, la garantía de igualdad de trato y la interdicción de discriminaciones, la seguridad y salud en el trabajo, la cobertura de la seguridad social, y la cobertura de seguro privado de salud financiado por el propio trabajador); y —finalmente— ofrece opciones para afrontar —en el sistema jurídico venezolano— el debate sobre la naturaleza jurídica de los servicios personales prestados en empresas organizadas en torno a plataformas tecnológicas.

Por último, el prof. Carlos E. Weffe H., en el muy acucioso ensayo *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*, destaca que “el trabajador produce renta a través de la comercialización de su esfuerzo personal [...], razón por la cual] el trabajo deviene en hecho relevante para el Derecho Tributario como índice de capacidad contributiva, y en consecuencia como objeto material de obligaciones tributarias”; advierte —por virtud de lo antes expresado— “la tendencia a manipular indebidamente la

forma jurídica de las relaciones laborales bajo el esquema formal de la contratación independiente” para así aliviar cargas tributarias; delimita los aspectos esenciales del conflicto de calificación jurídica del trabajo –como dependiente o autónomo– relevante para la determinación del tributo; describe la técnica del test indiciario aplicada –desde 1987– por el Servicio de Rentas Internas (*Internal Revenue Service*) de los Estados Unidos de América a los fines de calificar al trabajador como autónomo (*independent contractor*) o dependiente (*employee*); y concluye sosteniendo que “la aplicación del análisis indiciario para la determinación del concepto de trabajo a fines tributarios [...] es el método que mejor atiende a los mandatos de coherencia y unidad conceptual del sistema jurídico en su conjunto”.

En suma, diez visiones de respetados juristas y entrañables amigos, quienes, desde diversas experticias y perspectivas abordan la regulación jurídica del trabajo; impulsando así un diálogo académico riguroso, rico en matices, que ojalá sirva de orientación a legisladores y operadores de justicia acerca de los criterios que permiten identificar la existencia de una relación de trabajo y las opciones normativas de tutela del trabajo autónomo o independiente.

LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y FRANQUICIA COMO CONTRATOS DE ADHESIÓN

Carlos Eduardo Acedo Sucre*

SUMARIO

1. Noción de contrato de adhesión, y caso de los contratos de distribución y franquicia. 2. Argumentos para sostener que los contratos de distribución y franquicia no son contratos de adhesión. 3. Argumentos para sostener que los contratos de distribución y franquicia son contratos de adhesión. 4. Interpretación a favor del franquiciado o distribuidor. 5. Protección del franquiciado o distribuidor contra cláusulas abusivas.

1. Noción de contrato de adhesión, y caso de los contratos de distribución y franquicia

Los contratos son convenciones entre dos o más personas naturales o jurídicas, usualmente para constituir y reglar entre ellas un vínculo jurídico; y uno de los elementos esenciales de los contratos es el consentimiento de ellas (artículos 1133 y 1141 del Código Civil). Ahora bien, en muchas relaciones contractuales, una de las partes exige del otro contratante aceptar un conjunto de normas que rigen la vinculación entre aquélla y la generalidad de sus contrapartes contractuales en el negocio que le es propio. Este conjunto de normas tiene naturaleza convencional y ha sido denominado *condiciones generales de contratación*, *contrato tipo*, *contrato estandarizado*, *contrato predispuesto*, *contrato en serie*, *contrato por adhesión* o *contrato de adhesión*. Nos parece apropiado emplear el término *contrato de adhesión*, porque pensamos que es el de uso más común y el que describe mejor la figura jurídica que pretende nombrar: se trata de un convenio propuesto por una de las partes al que la otra, por decirlo coloquialmente, *se pega*. El término *contrato de adhesión* es atribuido al francés Saleilles, quien lo

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

acuñó a principios del siglo XX. Desde entonces, esta denominación es de uso corriente en muchos países, incluyendo a Venezuela. De hecho, en Venezuela, la jurisprudencia, la Ley de Arbitraje Comercial vigente (segunda parte del artículo 6º) y la legislación protectora de los consumidores emplean el término *contrato de adhesión*.

La primera ley venezolana que reguló los contratos de adhesión fue la Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995. Esta ley fue abrogada por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, que a su vez fue sustituida por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada el 31 de julio de 2008, luego reformada y finalmente derogada. Todas estas leyes sucesivas regularon de manera parecida los contratos de adhesión. En cuanto concierne a su definición, tenemos que el artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía que *“Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido... establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”*. De manera casi idéntica, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía que *“Se entenderá como contrato de adhesión... aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar... su contenido al momento de contratar”*. Finalmente, de modo muy parecido, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 69, definía al *“contrato de adhesión”* como *“los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar... su contenido al momento de contratar”*.¹

Todas estas leyes sucesivas contemplaban la posibilidad de que los contratos de adhesión tuvieran alguna o algunas cláusulas negociadas, sin perder por ello su carácter de contratos de adhesión. En tal sentido, el citado artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992

¹ Adicionalmente, las leyes mencionadas, en los artículos citados, establecieron que son contratos de adhesión aquellos cuyo texto es aprobado por las autoridades.

establecía el requisito de que “*el consumidor*” no “*pudiera discutir o modificar*” el “*contenido*” de las cláusulas, para que se configurara un “*contrato de adhesión*”; pero atenuó este requisito agregando que “*La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión*”. En el mismo orden de ideas, la primera parte del mencionado artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, y el referido artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, preveían que la negociación entre las partes no hacía que el contrato entre ellas dejara de ser de adhesión, siempre y cuando tal negociación no alterara de manera importante el texto presentado por el predisponente al adherente; pues, en ambos artículos, la definición de contrato de adhesión contemplaba la posibilidad de que adherente discutiera o modificara no “*substancialmente*” el “*contenido*” del contrato (el contrato de adhesión es el impuesto por el proveedor sin que el adherente pueda “*discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar*”). De manera que las leyes aplicables en Venezuela no exigían que la totalidad del contrato de adhesión fuera no negociable.²

En el mismo orden de ideas, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que “*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión*”.

Un contrato no deja de ser de adhesión si se modifica de manera no sustancial el clausulado pre-redactado; es decir, el contrato sigue siendo de adhesión, aunque el texto propuesto por el predisponente sufra alteraciones a requerimiento del adherente, siempre que los cambios realizados por iniciativa de éste no sean importantes. En consecuencia, ciertos contratos, como los contratos de préstamo bancario, cuyo

² Para más información sobre la noción de contrato de adhesión, a la luz de las diferentes leyes que han tratado la materia en Venezuela, ver: Carlos Eduardo Acedo Sucre, *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 71 y ss.

articulado puede sufrir variaciones en razón de las circunstancias particulares del crédito, de la garantía y del cliente, son, de todos modos, contratos de adhesión, porque el grueso de sus cláusulas son textos redactados desde antes por el banco, que éste no modifica; y lo mismo pasa con los contratos de seguro, que son contratos de adhesión aunque las partes negocien el contenido del cuadro de la póliza, pues las condiciones generales y particulares siempre son iguales. De hecho, la doctrina y jurisprudencia unánimes consideran que los contratos que las instituciones bancarias y aseguradoras celebran con sus clientes son de adhesión. Por ejemplo, Alfredo Morles Hernández explica que “*los operadores económicos*”, en “*la vida comercial contemporánea*”, suelen utilizar “*contratos de adhesión*”, contentivos de “*cláusulas generales*”, los cuales “*han sido redactados por las asociaciones que los agrupan, por las empresas líderes del ramo o por ellos mismos*”, y “*no han sido objeto de discusión particular con el adherente*”, sino que sus cláusulas “*han sido impuestas por el proponente. En Venezuela existen cláusulas generales en los contratos de adhesión redactados por los bancos, por las compañías de seguros, por las empresas de transporte y por un número indefinido de empresas de servicio, como las de servicio eléctrico, gas, telefonía, televisión por cable, etc*”.³ En el mismo sentido, María Candelaria Domínguez Guillén parte de la base de que los contratos propios de los sectores bancario y asegurador son de adhesión, al sostener que estos contratos son una necesidad económica, pues “*Sería imposible que cada contrato de suministro de servicios (agua, teléfono, etc.), transporte, seguro, banca, suponga una negociación particularizada*”.⁴ Otro ejemplo: Luis Corsi se refiere a los “*contratos por adhesión... en los sectores bancario y de seguros*”.⁵ Lo mismo ocurre con la jurisprudencia, incluso a nivel del Tribunal Supremo de Justicia; a título ilustrativo vemos que la Sala Constitucional, en su sentencia del 24 de enero de 2002, calificó los contratos de crédito

³ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo IV, Caracas, 2004, p. 2223.

⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III – Obligaciones*, Caracas, 2017, p. 485.

⁵ Luis Corsi, “Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual”, *Revista de Derecho*, N° 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 27.

celebrados por los bancos con sus clientes como contratos de adhesión;⁶ y la Sala Político Administrativa, en su sentencia del 29 de julio de 2015, calificó las pólizas de seguro como contratos de adhesión.⁷

La regulación legal de los contratos de adhesión desapareció, en Venezuela, con la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014, que derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. La última versión de la Ley Orgánica de Precios Justos, publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes, únicamente establece que uno de los “*derechos de las personas en relación con los bienes y servicios*” es su derecho “*A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses*” (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7). La misma ley menciona someramente otros asuntos concernientes a la relación entre los proveedores y los consumidores o usuarios, pero sin referirse, para nada, a los contratos de adhesión.⁸

José Melich Orsini escribió, con razón, que “*el concepto de contrato de adhesión elaborado por la doctrina general del contrato*” es

⁶ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>.

⁷ Sala Político Administrativa, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 29 de julio de 2015, disponible en:

<http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/julio/180182-00912-30715-2015-2013-1668.html&palabras=contrato%20adhesion>

⁸ Se trata de lo siguiente: (i) los “*derechos de las personas en relación con los bienes y servicios*” incluyen “*elegirlos con libertad*” (artículo 7, número 2), así como “*la protección contra... los métodos comerciales coercitivos*” (artículo 7, número 5), y se castiga con multa a quienes empleen “*métodos coercitivos*” (artículo 47, número 7); (ii) los “*derechos de las personas en relación con los bienes y servicios*” incluyen obtener “*información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa*” (artículo 7, número 4), y se castiga con multa a quienes violen este derecho (artículo 47, número 2); (iii) los “*derechos de las personas en relación con los bienes y servicios*” incluyen “*la reparación e indemnización por daños y perjuicios*” (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al “*resarcimiento del daño sufrido*” (artículo 47, número 7); (iv) los “*derechos de las personas en relación con los bienes y servicios*” incluyen que el suministro sea “*de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida*” (artículo 7, número 13), y se castiga con multa a quienes violen dicho derecho (artículo 47, número 11); (v) se castiga con multa a “*los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios*” que den a sus clientes un “*trato discriminatorio*” (artículo 47, número 7); y (vi) se castiga con prisión a quienes incurran en usura (artículos 58 y 59).

*“el mismo que maneja esta legislación especial”.*⁹ El autor del presente artículo tuvo la oportunidad de expresar, en un laudo arbitral dictado junto con José Antonio Elíaz, que *“es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que una de las partes proponga un contrato y la otra dé su conformidad, sin modificar sus cláusulas sustancialmente. Tan es así, que oferta y aceptación son el mecanismo normal de formación de cualquier contrato. Por ello, no bastan una oferta y aceptación, sin modificación sustancial, para que el contrato correspondiente califique como de adhesión. Hace falta, además, para esa calificación, que la oferta sea hecha en términos tales que toda discusión esté de plano excluida, al punto de que las únicas modificaciones posibles toquen sólo aspectos no sustanciales”.*¹⁰ La anterior es una aplicación de dicha definición legal, que coincide con la aportada por la doctrina. James-Otis Rodner afirmó que, *“Simplificando estas definiciones y buscando los elementos esenciales para la identificación de un contrato de adhesión, éste se puede entender como el contrato con cláusulas establecidas unilateralmente por uno de los contratantes sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido”.*¹¹

Ahora bien, los contratos de adhesión tienen un ámbito más amplio que el de la oferta en masa de bienes y servicios, pues, tal como lo expresa José Melich Orsini, *“El concepto de ‘contrato de adhesión’, utilizado en las sucesivas leyes que se han ocupado de la protección de los consumidores o usuarios, no rige con exclusividad para las relaciones jurídicas propias de lo que se ha llamado el ‘derecho al consumo’, sino que es un concepto que proviene del análisis que la doctrina general*

⁹ José Melich Orsini, “La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo”, *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández*, Volumen I, Temas Generales de Derecho Mercantil, Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia (coordinadores), UCAB, Caracas, 2012, p. 770.

¹⁰ Laudo dictado por los árbitros José Antonio Elíaz y Carlos Eduardo Acedo Sucre en fecha 9 de septiembre de 2013, con el voto salvado del árbitro Mario Bariona, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 10, 11 y 311 a 320. Sin embargo, el texto aquí transcrito se encuentra en una parte de dicho laudo no citada en ese compendio.

¹¹ James-Otis Rodner, “Discurso de Contestación del Académico James-Otis Rodner al Discurso de Incorporación de Carlos Eduardo Acedo Sucre a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Carlos Eduardo Acedo Sucre (autor), Caracas, 2018, p. 49.

del contrato ha hecho de ciertos grupo de contratos que presentan caracteres afines”;¹² “*la categoría que la doctrina general del contrato ha identificado bajo el rubro de ‘contrato de adhesión’ tiene una extensión que excede de las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios*”.¹³ En este sentido, los contratos de adhesión se dan, no sólo en las relaciones entre los proveedores y consumidores o usuarios, sino también cuando una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas. Ejemplo de ello son los contratos de distribución, tales como los celebrados entre quien controla globalmente los bienes de una marca y quienes distribuyen esos bienes en sus respectivos territorios, pues usualmente aquél, como proponente, les somete a éstos, como adherentes, un clausulado que tienen que acoger. Lo mismo sucede con los contratos de franquicia, en los que el franquiciante les exige a todos sus franquiciados aceptar normas convencionales uniformes. Según James-Otis Rodner, “*los contratos de adhesión aparecen no solamente en contratos de consumidores de bienes y servicios. También hay contratos de adhesión en los contratos de franquicia*”.¹⁴ De manera que el contrato de distribución y el de franquicia son contratos de adhesión ajenos al Derecho del Consumo, pues sus partes no son el proveedor de un bien o servicio y el consumidor o usuario del mismo.

El antónimo de contrato de adhesión es contrato paritario. Gert Kummerow nos enseña que la contratación “*por adhesión*” se diferencia de los llamados contratos paritarios o “*paritéticos*”,¹⁵ cuyo “*contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos*”.¹⁶ Al respecto, Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre afirman que los “**Contratos paritarios**... *son aquellos contratos productos de una libre negociación y discusión por las partes, quienes conjuntamente fijan sus diversas estipulaciones, de acuerdo a su voluntad, teniendo como único límite las normas imperativas aplicables. Generalmente ambas partes están en situación de igualdad, ninguna*

¹² José Melich Orsini, ob. cit., p. 769.

¹³ *Ibidem*, p. 772.

¹⁴ James-Otis Rodner, ob.cit., p. 50.

¹⁵ Gert Kummerow, *Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado*, Caracas, 1981, p. 99.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

*de ellas puede en la práctica imponerle a la otra las estipulaciones del contrato”.*¹⁷

La Ley de Protección al Consumidor de 1992 no fue la primera ley venezolana sobre el consumo, pero fue la primera que reguló los contratos de adhesión y sus cláusulas abusivas; fue de una legislación muy avanzada para la época. Por ejemplo, en Francia, no fue sino en el año 1993 que entró en vigor el Código del Consumo, organizando, mejorando y completando las normas sobre la materia.¹⁸ Poco después, la Comunidad Económica Europea emitió unos lineamientos sobre *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores*, mediante la Directiva 93/13 del Consejo de las Comunidades Europeas fechada 5 de abril de 1993, antes citada. En el año 1995, tuvo lugar una reforma de Código del Consumo, para adaptarlo a la directiva europea mencionada. El Código del Consumo así reformado se encuentra en vigor actualmente en Francia, lo mismo que la Directiva 93/13 del Consejo de las Comunidades Europeas fechada 5 de abril de 1993. Ambas conviven con el Código de Comercio francés, que fue reformado en el año 2008 para introducir una protección contra las cláusulas abusivas (artículo L. 442-6). Ocho años después, en Francia, el gobierno emitió la Ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016, relativa a la *Reforma del Derecho de los Contratos, del Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones*;¹⁹ esta reforma le dio, a la protección contra las cláusulas abusivas, un carácter general, y ató dicha protección a que esas cláusulas estén en un contrato de adhesión. Dos años más

¹⁷ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, T. II, UCAB, Caracas, 2001, p. 569.

¹⁸ Los antecedentes del Código del Consumo francés se encuentran en que la Comunidad Económica Europea emitió unos lineamientos, para sus países miembros, en materia de *Cláusulas Abusivas en los Contratos Concluidos por los Consumidores y Métodos de Control Apropriados*, mediante la Resolución (76) 47 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 16 de noviembre de 1976. Poco más de un año después, Francia legisló al respecto, con la Ley No. 78-23 del 10 de enero de 1978 sobre la *Protección y la Información de los Consumidores de Productos y Servicios*. Catorce años más tarde, en Francia, la Ley No. 92-60 del 18 de enero de 1992 sobre *Refuerzo a la Protección de los Consumidores* estableció, entre otras cosas, que “*será creado un código del consumo*”, y que “*Él recopilará los textos legislativos y reglamentarios que fijan las reglas relativas a las relaciones individuales o colectivas entre los consumidores y profesionales...*” (artículo 12).

¹⁹ Se realizó una reforma del Código Civil francés por ordenanza, que es como un decreto-ley.

tarde, el parlamento francés emitió la Ley No. 2018-287 del 20 de abril de 2018 que ratificó dicha ordenanza y le hizo modificaciones. Las normas sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión del Código Civil, así reformado, coexisten con las contenidas en el Código del Consumo y el Código de Comercio, cuyas normas son anteriores. Respecto de estos desarrollos en Francia interesa destacar lo siguiente:

En primer lugar, la reforma del año 2008 del Código de Comercio francés estuvo referida al Derecho de la Distribución, que se suele considerar incluye la regulación de las franquicias. A partir de dicha reforma, el artículo L. 442-6 de dicho código establece que *“Compromete la responsabilidad de su autor y lo obliga a reparar el perjuicio, el hecho, por todo productor, comerciante, industrial o persona matriculada en el repertorio de profesiones: ... De someter o tratar de someter a un relacionado comercial a obligaciones que creen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”*. Del texto anterior es importante resaltar que el mismo no está referido a la contratación masiva, sino a contratos tales como el contrato de distribución y el contrato de franquicia.

En segundo lugar, el Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones del Ministerio de Justicia del 23 de octubre de 2013 propuso la siguiente definición: *“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son libremente negociadas entre las partes”* (artículo 8, 1ª parte). La definición anterior no sufrió modificación en la Ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016, relativa a la Reforma del Derecho de los Contratos, del Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones. Ahora bien, la Ley No. 2018-287 del 20 de abril de 2018, al ratificar la referida ordenanza, reformó dicha definición, la cual quedó así: *“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son negociables entre las partes”* (artículo 1110, 1ª parte). La modificación anterior mejora la redacción original. En efecto, un contrato negociable puede no haber sido negociado en la práctica. En consecuencia, la expresión *“negociables”* refleja mejor lo que es un contrato paritario que la expresión *“son libremente negociadas”*. Los contratos de distribución y los contratos de franquicia no son contratos paritarios. En efecto, dichos contratos suelen contener cláusulas estándar impuestas a los distribuidores y franquiciados, quienes están en situación de desigualdad.

En tercer lugar, el anteproyecto francés de 2013 propuso la siguiente definición: “*El contrato de adhesión es aquel en el cual las estipulaciones esenciales, sustraídas a la libre discusión, fueron determinadas por una sola de las partes*” (artículo 8, 2ª parte). La ordenanza de 2016 modificó la definición anterior, así: “*El contrato de adhesión es aquel en el cual las condiciones generales, sustraídas a la negociación, fueron determinadas con antelación por una de las partes*” (artículo 1110, 2ª parte). La ley de 2018 reformó dicha definición, estableciendo lo que sigue: “*El contrato de adhesión es aquel que incluye un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas con antelación por una de las partes*” (artículo 1110, 2ª parte). Para que haya un contrato de adhesión no se requiere que se trate de una contratación masiva, como la que ocurre entre los proveedores de bienes o servicios ofrecidos al público en general y los adquirentes de los mismos. En efecto, el contrato de adhesión puede existir en relaciones con un grupo más pequeño de adherentes, como ocurre fuera del ámbito del Derecho del Consumo. La expresión “*estipulaciones esenciales*”, utilizada en el anteproyecto de 2013, no tenía mayor sentido, pues es frecuente que las disposiciones contractuales pre-redactadas y sustraídas a la libre discusión sean, más bien, cláusulas accesorias. En consecuencia, la ordenanza de 2016 utilizó, en su lugar, la expresión “*condiciones generales*”. Sin embargo, la expresión “*condiciones generales*” tiene el problema de que, en ciertos casos, las *condiciones particulares* pueden eventualmente ser también textos preestablecidos y no negociables (por ejemplo, en Venezuela, las *condiciones particulares* de las pólizas de seguro). La ley de 2018 prefirió la expresión “*conjunto de cláusulas*”, que tiene la ventaja de que es muy general. La expresión “*conjunto de cláusulas*” da a entender que no se necesita que la totalidad de las cláusulas sean preestablecidas y no negociables para que el contrato sea de adhesión, sino que basta que un grupo relevante de ellas lo sea. La expresión “*sustraídas a la libre discusión*” y la expresión “*no negociables*” son equivalentes; pero, en la definición de contratos de adhesión, tiene sentido utilizar esta última, porque, en la definición de contratos paritarios, que es su antónimo, se emplea la expresión “*negociables*”. El anteproyecto de 2013 señala que las cláusulas del contrato de adhesión son “*determinadas por una de las partes*”. La redacción mejoró con la ordenanza de 2016 y la ley

de 2018, que agregaron las palabras “*con antelación*”. Determinar cuáles son las cláusulas no es necesariamente lo mismo que redactarlas, pues el redactor puede no ser el predisponente, sino, por ejemplo, el organismo gremial al que éste pertenece.

En Venezuela no hay actualmente una definición legal de contrato paritario, ni de contrato de adhesión. La definición legal que existía, relativa al contrato de adhesión, se encontraba en la legislación sobre protección a los consumidores, que dejaba por fuera los contratos de adhesión con adherentes que no fueran consumidores. Por ello es útil acudir al derecho francés, cuyas definiciones reflejan una realidad jurídica y económica, con valor que trasciende a Francia. Entonces, fuera del ámbito del derecho francés, es razonable considerar que la existencia, en el contrato, de un conjunto de cláusulas no negociables determinadas con antelación, y aceptadas en bloque por el adherente, es el elemento característico del contrato de adhesión. El proponente de estas cláusulas suele tener una posición de dominio frente a su contraparte. Los contratos de distribución y los contratos de franquicia son contratos que incluyen cláusulas no negociables determinadas con antelación, aceptadas en bloque por el distribuidor o franquiciado, por lo que califican como contratos de adhesión; y, en ambos casos, el proponente tiene una posición de dominio frente al distribuidor o franquiciado. La existencia de cláusulas adicionales, negociadas, no priva el contrato de su carácter adhesivo.

En conclusión, los contratos de adhesión se dan en los casos siguientes: (i) en las relaciones entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores y usuarios, y (ii) en las demás situaciones en las que una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas, y está en capacidad de imponerlo. En ambos casos, una parte, que redacta el conjunto de cláusulas impuestas, tiene sobre la otra una posición de dominio. Ejemplos de contratos de adhesión fuera del ámbito del derecho del consumo son (a) los contratos de distribución celebrados entre quien controla globalmente los bienes de una marca y quienes distribuyen tales bienes en sus respectivos territorios, pues usualmente aquél, como proponente, le somete a éstos, como adherentes, un clausulado que tienen que acoger, con poco o ningún margen para realizar cambios; y (b) los contratos de franquicia,

en los que el franquiciante les exige a todos sus franquiciados aceptar normas convencionales iguales, que definen cómo será el suministro del bien o servicio, en las condiciones de uniformidad propias de todas las franquicias.

2. Argumentos para sostener que los contratos de distribución y franquicia no son contratos de adhesión

Existe la tesis de que los contratos de franquicia no son contratos de adhesión, la cual fue sostenida en un laudo dictado por los árbitros Irene Loreto González, Román Duque Corredor y Henrique Iribarren Monteverde: *“el hecho que este contrato, en cuestión, sea un contrato de subfranquicia, no permite calificarlo, per se, como un contrato de adhesión tipo o estandarizado, sino de un contrato de franquicia con unas condiciones generales de contratación, que no está abierto indeterminadamente a toda persona, mediante ofertas de carácter permanente, ni tampoco se trata, por lo general, de un documento impreso pre-redactado. Es más, estos contratos suponen, por lo que significan realización de negocios conjuntos o compartidos, que de alguna manera los franquiciados tienen oportunidad de discutir algunos de sus términos, y, que, previamente conocen el sistema de franquicias, hasta el punto que han de ofrecer facilidades o locales así como sustentar la factibilidad del sostenimiento de la franquicia en donde estén ubicados estos locales. Es decir, que por la naturaleza del contrato de subfranquicia hay la posibilidad de negociación previa, por lo que no puede calificársele en general, como contratos sobre cuyo contenido no cabe ningún tipo de modificación, ya que sobre sus aspectos económicos puede existir negociación... Una de las condiciones más importantes del contrato entre franquiciante y franquiciado, las cuales en muchos casos son negociables son las condiciones económicas, la escogencia del lugar para el establecimiento del local comercial, las fechas de inicio de la actividad”*.²⁰

²⁰ Laudo dictado por los árbitros Irene Loreto González, Román Duque Corredor y Henrique Iribarren Monteverde en fecha 31 de agosto de 2012, citado en la Memoria Arbitral II, Compendio de Laudos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, bajo la coordinación de Hernando Díaz-Candia, Caracas, 2014, pp. 194 y 195.

De manera que la jurisprudencia arbitral citada se basa en que, en los contratos de franquicia, la posibilidad de contratar no está abierta indeterminadamente a toda persona, mediante ofertas de carácter permanente; y en que, aunque el contrato de franquicia tenga condiciones generales de contratación, no se trata de un documento impreso pre-redactado, y el franquiciado tiene la oportunidad de discutir algunas cláusulas, habiendo la posibilidad de negociación y pudiéndose modificar su contenido. Esto también se podría aplicar a los contratos de distribución. En el mismo sentido se han pronunciado algunos autores, como Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, que expresaron que *“en el contrato de adhesión no hay... ni siquiera la posibilidad de discutir alguna de las cláusulas”*;²¹ y María Candelaria Domínguez Guillén, que expresó que la oferta para celebrar contratos de adhesión *“no admite que se les modifique a través de contraofertas”*.²² Además, numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo de Justicia parten de la premisa de que, si algunas cláusulas son negociadas, el contrato no es de adhesión. En tal sentido, la Sala de Casación Civil afirmó, en varias decisiones, que los *“contratos de adhesión”* son aquellos en los que las *“cláusulas son previamente determinadas por una sola de las partes contratantes, sin que la otra pueda introducirles modificaciones”*;²³ *“una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra, a la cual solamente le queda la elección entre someterse a las mismas o simplemente dejar de contratar”*;²⁴ y *“una de las partes se limita a ofrecer sus condiciones a la otra, a la cual solamente le queda la elección entre someterse a las mismas o simplemente dejar de contratar. A esta clase de contratos, la doctrina los ha calificado como contratos de adhesión”*.²⁵

Similarmente, la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa afirmaron, en muchas decisiones, que *“el contrato por adhesión es*

²¹ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier, ob.cit., p. 569.

²² María Domínguez Guillén, ob.cit., p. 484.

²³ Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

²⁴ Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>

²⁵ La siguiente decisión cita dos fallos que expresan lo anterior: Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>

*aquel acuerdo de voluntades que se caracteriza por el hecho de que su contenido o cláusulas son fijadas por una sola de las partes sin que la otra tenga posibilidad de modificación sino, simplemente, de suscripción o rechazo en su totalidad; en otras palabras, una de las partes se adhiere a la propuesta contractual de la otra sin posibilidad de negociación o modificación de las cláusulas”;*²⁶ el “contrato de adhesión” es un convenio en el que “*queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes*”;²⁷ en el “contrato de adhesión”, ocurre que “*las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero*”;²⁸ y, “Con vista en lo

- ²⁶ Sala Constitucional, sentencia del 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.htm>
 Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>
- ²⁷ Sala Constitucional, sentencia del 26 de junio de 2003, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00962-010703-2003-0562.HTM>
 Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624.HTML>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674.HTML>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964.HTM>
 Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>
- ²⁸ Sala Constitucional, sentencia del 26 de junio de 2003, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00962-010703-2003-0562.HTM>
 Sala Constitucional, sentencia del 20 de octubre de 2010, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01024-211010-2010-2009-0960.HTML>

*señalado por la doctrina y jurisprudencia acerca de los contratos de adhesión, queda claro que en la formación de los contratos de esta naturaleza no participa la voluntad de uno de los contratantes..., habida cuenta de que las cláusulas son previamente determinadas..., no existiendo en consecuencia la posibilidad de que el contratante discuta el contenido de las mismas, sino que en todo caso se limita a suscribirlas en las mismas condiciones que le han sido presentadas”.*²⁹

3. Argumentos para sostener que los contratos de distribución y franquicia son contratos de adhesión

Según la jurisprudencia arbitral citada, en los contratos de franquicia, la posibilidad de contratar no está abierta indeterminadamente a toda persona, mediante ofertas de carácter permanente; lo que también se podría aplicar a los contratos de distribución. Pensamos que la tesis sostenida por los árbitros se explica en razón de que, en el año 2003, la

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547>.
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624>.
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674>.
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01761-181103-2003-0964>.HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>

²⁹ Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de enero de 2011, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Enero/00055-19111-2011-2008-0296.html>

Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547>.
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2014, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165146-00800-4614-2014-2012-0624>.
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 20 de septiembre de 2011, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01165-21911-2011-2010-0674>.
HTML

Sala Político Administrativa, sentencia del 10 de julio de 2012, disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00835-11712-2012-2011-1358.html>

Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de hacer una lista de lo que consideró son las “*características esenciales*” de los contratos de adhesión, la cual incluye la siguiente: “*la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado*”.³⁰ Pero, en nuestro criterio, si bien el proponente suele ofrecer celebrar el contrato de adhesión, esta oferta no necesariamente está abierta a todos los que tengan interés en adherirse, pues puede ser, y, de hecho, sucede con frecuencia que el adherente tiene que cumplir con ciertos requisitos para que su persona y sus circunstancias sean aceptables para el proponente. Por ejemplo, una aseguradora no ofrece asegurar contra incendio cualquier inmueble, ni ofrece asegurar la vida de cualquier individuo, sino que exige la presencia de ciertos parámetros para otorgar la cobertura correspondiente. Del mismo modo, un banco no ofrece préstamos y cuentas bancarias a todos los interesados, sino a aquéllos que cumplan con ciertas exigencias mínimas requeridas por el instituto bancario. Por otra parte, si bien es cierto que, en los contratos de adhesión, la oferta suele ser del proponente, un contrato de adhesión puede ser el resultado de que la persona interesada en recibir un bien o servicio presente una solicitud, incluyendo en ella el texto propuesto por el proveedor del bien o servicio, y sus datos y circunstancias particulares, en cuyo caso esta persona es quien hace la oferta, que el predisponente acepta o no, según que esté interesado o no en celebrar el contrato de adhesión con esta persona, dependiendo de las particularidades de ella y de su situación. Por ejemplo, las normas sobre la póliza prevén que la persona interesada en tomar un seguro le envíe una “*solicitud de seguro*” a la aseguradora, o sea que la oferta proviene del tomador del seguro.³¹ Lo anterior no hace que los contratos de seguros dejen de ser contratos de adhesión. Finalmente, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal Supremo de Justicia, cuando el predisponente ofrece celebrar el contrato de adhesión, si fuere el caso, esta oferta no necesariamente tiene

³⁰ Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2003, disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-00660-071103-01213.htm>

³¹ Artículos 11 y 12 de las Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora, emitidas por la superintendencia correspondiente y publicadas el 24 de agosto de 2016. Anteriormente, la Ley del Contrato de Seguro contemplaba lo mismo.

un carácter permanente, pues puede estar limitada en el tiempo. Si las características listadas por nuestro máximo tribunal fueran, realmente, esenciales, ellas estarían presentes en todos los contratos de adhesión; pero no es así. No obstante, se trata de una jurisprudencia reiterada, puesto que otras sentencias repiten el mismo listado, el cual incluso fue retomado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2011.³² Contrariamente a lo declarado por dichas sentencias, Sheraldine Pinto Oliveros afirmó, a nuestro juicio correctamente, que *“la ausencia de negociación debida a que el contenido del contrato es predispuesto por una de las partes (predisponente) y... la otra parte (adherente) se encuentra imposibilitada de discutir o modificar [sustancialmente] el contenido contractual es el elemento característico del contrato de adhesión”*.³³

La jurisprudencia arbitral citada también se fundamenta en que, aunque el contrato de franquicia tenga condiciones generales de contratación, no se trata de un documento impreso pre-redactado, y el franquiciado tiene la oportunidad de discutir algunas cláusulas, habiendo la posibilidad de negociación y pudiéndose modificar su contenido. Esto también se podría aplicar al contrato de distribución. De nuevo, creemos que la tesis sostenida por los árbitros se explica en razón de la referida lista de *“características esenciales”* de los contratos de adhesión elaborada por la Sala de Casación Civil, ratificada por ésta en muchas oportunidades, y validada por la Sala Constitucional. En efecto, esta lista incluye la siguiente característica supuestamente esencial: *“contrato tipo o formato cuyas condiciones generales se presentan en bloque a los futuros adherentes particulares”*. Lo anterior obvia que, tal como señalamos antes, los contratos de adhesión pueden contener una o más cláusulas negociadas, y que lo que los define es la mayoría de sus cláusulas no son negociables. Las sentencias precedentes contradicen la doctrina

³² Sala Constitucional, sentencia del 25 de julio de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1199-25711-2011-11-0746.HTML>

³³ Sheraldine Pinto Oliveros, “El Contrato Hoy en Día: Entre Complejidad de la Operación y Justicia Contractual”, *Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés, 1as. Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho Civil*, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise, bajo la coordinación de José Annicchiarico Villagrán, Sheraldine Pinto Oliveros y Pedro J. Saghy Cadenas, p. 254 (corchetes y negritas son nuestros).

y la jurisprudencia, incluyendo la del Tribunal Supremo de Justicia, que consideran contratos de adhesión ciertos contratos impuestos en los que hay margen de discusión con respecto a una pequeña parte de su clausulado; por ejemplo, los contratos bancarios y de seguros. Si bien es cierto que, en los contratos de adhesión, puede haber condiciones generales presentadas en bloque por el predisponente, también puede suceder que el contrato de adhesión sea el resultado de que el predisponente le entregue un contrato al adherente, redactado adaptando un modelo preexistente a las particularidades del caso. Por ejemplo, un cliente de un banco pide un crédito, el banco analiza el riesgo crediticio, evalúa la garantía ofrecida, si fuere el caso, aprueba el crédito y le presenta al cliente un contrato, que tiene las cláusulas estándar del banco. Se trata de un contrato de adhesión, porque la institución bancaria celebra contratos de crédito con las mismas cláusulas con respecto a todos los créditos que otorga, las cuales no están abiertas a discusión, aunque existan otras cláusulas que sí son negociadas. Algo parecido ocurre con el seguro: la persona interesada en tomar el seguro recibe de la aseguradora, además de las condiciones generales y particulares de la póliza (cuyas cláusulas no admiten modificación), el cuadro de la póliza (que tiene componentes negociables); además, puede decidir contratar o no los anexos del contrato de seguro de que se trate (que no suelen admitir modificación). Tal como señalamos antes, la doctrina y jurisprudencia unánimes consideran que los contratos que las instituciones bancarias y aseguradoras celebran con sus clientes son de adhesión; y esto a pesar de que muchas veces estos clientes pueden determinar el contenido de alguna regla contractual, ya que lo relevante es que la mayor parte del clausulado permanezca invariable. En muchos contratos de adhesión, algunas cláusulas son discutidas, al igual que sucede con el contrato de distribución o el de franquicia. Esto no le quita al texto contractual su carácter de contrato de adhesión, pues el grueso del articulado consiste de disposiciones pre-redactadas. En efecto, en principio, para que haya un contrato de adhesión, hacen falta, primero, una oferta hecha en términos tales que la discusión esté en principio excluida, y, segundo, la correspondiente aceptación o una contraoferta aceptada luego por el oferente primigenio, la cual no acarree una modificación sustancial del texto inicialmente propuesto.

En conclusión, existen dos concepciones distintas de contrato de adhesión, a saber: (i) una concepción amplia, según la cual el contrato de adhesión es aquel en el cual la generalidad de las cláusulas no es objeto de negociación; y (ii) una concepción restrictiva, según la cual el contrato deja de ser de adhesión si alguna de sus cláusulas es objeto de negociación.

Desde nuestro punto de vista, la concepción restrictiva no es razonable, pues, si la misma se impusiera, casi ningún contrato calificaría como de adhesión. En nuestro criterio, la concepción amplia debe ser acogida. En efecto, hay casos en los que el redactor permite cierto margen de negociación respecto de un contrato impuesto a un grupo de personas; en estos casos, los ajustes resultantes de una discusión limitada entre éstas y aquél no resultan en que el contrato deje de calificar como de adhesión. Esto lo reconocía, en Venezuela, la normativa legal derogada sobre contratos de adhesión, y lo reconocen ahora las normas europeas y francesas sobre el tema, así como la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias. El hecho de que una persona redacte un contrato y se lo imponga a otras es lo que caracteriza a los contratos de adhesión; y este hecho no excluye la posibilidad de que las cláusulas que no admiten cambios coexistan con alguna disposición contractual negociada entre las partes. Considerar que no basta con que el grueso de un contrato sea impuesto para que califique como de adhesión, o que sólo los contratos de consumo son de adhesión, contraría la mejor doctrina y jurisprudencia, y reduce innecesariamente la protección de los adherentes contra las cláusulas mal redactadas y las cláusulas abusivas. Si conviven, en el contrato, cláusulas negociadas y cláusulas por adhesión, sólo respecto de estas últimas se justifica proteger al adherente. En nuestra opinión, por las razones citadas, esta protección se extiende a los distribuidores y franquiciados. Ahora bien, ¿cuál es esa protección?

4. Interpretación a favor del distribuidor o franquiciado

Cuando una cláusula es racional, precisa y unívoca, no es necesario interpretarla, esté o no en un contrato de adhesión, puesto que lo procedente es, simplemente, aplicarla; en este caso, parafraseando el

artículo 4 del Código Civil, ocurre que, a las palabras utilizadas en la cláusula, se les debe atribuir el sentido que aparece evidente del significado propio de las mismas. Ahora bien, si una cláusula es absurda, vaga o multívoca, es necesario interpretarla. Es común reconocerle, al adherente de contratos de adhesión, una ventaja consistente en que la interpretación de estas cláusulas es realizada en su beneficio, por no haber sido él quien las redactó, sino que le fueron impuestas. En tal sentido, está generalmente aceptado que se debe interpretar las cláusulas oscuras o ambiguas en perjuicio del proponente del contrato de adhesión (interpretación *contra proferentem*). En nuestro criterio, esto vale para los contratos de distribución o franquicia, a ser interpretados a favor del distribuidor o del franquiciado, respectivamente.

Sin embargo, el artículo 103 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1992, reformada en 1995, establecía que “*Serán nulos los contratos de adhesión que contravengan lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20 de esta Ley, cuya nulidad en ningún caso podrá ser alegada por el proveedor*”; y dicho artículo 19 disponía: “*Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros... que faciliten su comprensión por el consumidor*”. Entonces, del artículo 19 y del artículo 103, se desprendía que eran nulos los contratos de adhesión respecto de los cuales el adherente alegase con éxito la falta de claridad del articulado. Ahora bien, esto estaba en contradicción con el principio de que, si una cláusula es oscura o ambigua, ésta no es nula, ni es nulo el contrato, sino que ella se interpreta contra su redactor. Esto fue corregido en el artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, que establecía: “*Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas... del modo más favorable al consumidor y usuario*”. Posteriormente, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispuso, en su artículo 70, que “*Las cláusulas de los contratos de adhesión serán interpretadas del modo más favorable a la consumidora o consumidor y a la usuaria y usuario*”. Este artículo fue abrogado con la Ley Orgánica de Precios Justos publicada el 23 de enero de 2014.

No obstante, se puede afirmar que las normas derogadas, que ordenan interpretar en contra del redactor la cláusula absurda, vaga o

multívoca incluida en el contrato de adhesión, no hacían más que expresar un principio general del derecho. Desde este punto de vista, la circunstancia de que dichos textos legales hayan desaparecido no implica que haya que interpretar esas cláusulas de una forma distinta. El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil ordena interpretar los contratos tomando en cuenta la intención de las partes.³⁴ Sin embargo, cuando las cláusulas oscuras o ambiguas están en un contrato de adhesión, sólo una de ellas participa en su redacción, por lo que no existe una intención común a ambos contratantes referida a esas cláusulas. La única intención común es realizar el negocio jurídico plasmado en el contrato de adhesión. Dicho artículo 12 también contempla que la interpretación de los contratos debe realizarse tomando en consideración las exigencias de la buena fe. Es posible sostener que, tratándose de contratos de adhesión, la necesidad de preservar el negocio jurídico y de actuar de buena fe exigen que el proponente sufra los efectos negativos de su propia mala redacción, la cual no tiene por qué dañar al adherente.

Desde esta óptica, se puede afirmar que los contratos de adhesión defectuosos, incluyendo los de distribución o franquicia, deben ser interpretados en contra de su redactor. Sería, en efecto, inaceptable, que el predisponente se beneficiase de su mala redacción, interpretando el texto contractual oscuro o ambiguo en detrimento de su contraparte, inocente de todo error. Permitir a los proponentes beneficiarse de su mala redacción está reñido con la máxima según la cual nadie puede invocar su propia torpeza. También está reñido con la regla general de que quien incurre en culpa debe soportar las consecuencias de la misma.

Finalmente, está reñido con la tesis de que quien realiza una actividad para obtener algún tipo de provecho, corre con los riesgos correspondientes. Todo esto lleva a la conclusión de que, si el predisponente impone un texto que puede ser interpretado de dos o más maneras, priva la interpretación que favorezca al adherente, aunque ya no haya una norma legal que lo precise en Venezuela.

³⁴ La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: “*En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe*”.

5. Protección del distribuidor o franquiciado contra cláusulas abusivas

Los problemas creados por la desaparición de la normativa legal venezolana sobre contratos de adhesión pueden ser parcialmente atendidos acudiendo al derecho común. Además, el derecho común se aplica y siempre se ha aplicado a los contratos de adhesión fuera del ámbito del derecho del consumo, tales como los contratos de distribución y franquicia.

Existen principios básicos, que se desprenden de nuestro Código Civil, que permiten proteger a quienes se adhieren a contratos pre-redactados, incluyendo a los distribuidores o franquiciados. Veamos:

En los principios generales del derecho reflejados en el Código Civil, se pueden encontrar mecanismos de protección para los adherentes, aplicables a los distribuidores o franquiciados. Este código contempla al menos tres mecanismos: la exigencia de **buena fe** y el respeto a la **equidad**, como elementos que informan las relaciones entre los particulares; y el **orden público**, como límite a lo que éstos pueden pactar. La buena fe, la equidad y el orden público son tres fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico privado, con rango de principios generales del derecho, que reciben aplicación en numerosas disposiciones de dicho código:

En primer lugar, los artículos 1146³⁵ y 1154³⁶ exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160³⁷ y 1270³⁸ establecen que el contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comportarse

³⁵ El artículo 1146 del Código Civil dispone: “*Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato*”.

³⁶ El artículo 1154 del Código Civil dispone: “*El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado*”.

³⁷ El artículo 1160 del Código Civil dispone: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley*”.

³⁸ El artículo 1270 del Código Civil dispone: “*La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito...*”.

como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el artículo 1274³⁹ dispone que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar, que normalmente no son indemnizables. Además, la segunda parte del artículo 1185⁴⁰ expresa que es antijurídico ejercer un derecho –que puede ser un derecho contractual– excediendo los límites impuestos por la buena fe. Por otra parte, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil⁴¹ ordena interpretar los contratos conforme a la buena fe. El requisito de buena fe es tan importante, que desborda el ámbito contractual, para derramarse en el campo extracontractual, pues la primera parte del citado artículo 1185⁴² señala que quien intencionalmente, es decir, de mala fe, cause daños, debe repararlos. La culpa es, como regla general, el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y la mala fe califica como culpa.

En segundo lugar, el Código Civil exige que se cumplan las consecuencias que se derivan de los contratos según la equidad (artículo 1160); todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, está basado en la idea de preservar el equilibrio patrimonial entre las partes, lo cual es una exigencia de la equidad (artículo 1167, artículos 1185 y siguientes, y artículos 1264 y siguientes), e idéntico postulado informa la consagración legal del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (artículo 1184).⁴³

³⁹ El artículo 1274 del Código Civil dispone: “*El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han sido previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo*”.

⁴⁰ La segunda parte del artículo 1185 del Código Civil dispone: “*Debe... reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*”.

⁴¹ La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: “*En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe*”.

⁴² El encabezado del artículo 1185 del Código Civil expresa: “*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo*”.

⁴³ El artículo 1184 del Código Civil dispone: “*Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido*”.

En tercer lugar, el artículo 6 del Código Civil⁴⁴ expresa que los contratos no pueden violar el orden público ni las buenas costumbres.

La buena fe, la equidad y el orden público se aplican en el ámbito de los contratos de adhesión:

Primero, la inclusión de una cláusula abusiva en un contrato puede generar dudas en cuanto al consentimiento del adherente, pues éste pudo haber incurrido en error, inducido por el dolo del proponente. Si el vicio del consentimiento versa sobre una cláusula esencial del contrato, éste es anulable. Y se puede sostener que, en caso de que el vicio afecte una cláusula no esencial, esta última es anulable y el contrato se mantiene. En efecto, se puede argumentar que un vicio del consentimiento afecta sólo una porción del contrato, cuando, respecto de una cláusula en particular, un contratante engañó a su contraparte contractual, en cuyo caso podría existir dolo restringido a la misma, y ésta sería por ende anulable. También puede suceder que ciertas cláusulas no puedan razonablemente ser conocidas por el adherente y, por ende, no fueron aceptadas por éste, como ocurriría si una disposición pretendidamente contractual está escrita en un documento al que se hace referencia en el contrato de adhesión, pero que es imposible de consultar, o si se trata de una cláusula insólita o sorpresiva, o sea, una cláusula que normalmente uno no se espera encontrar allí y que perjudica al adherente.

Segundo, aunque el adherente, al aceptar el contrato, haya tenido que consentir una cláusula abusiva, éste no debe ser perjudicado por dicha cláusula, pues la misma es contraria a los parámetros de buena fe y equidad, y, por ende, violenta el orden público. En consecuencia, la cláusula abusiva es nula, y, si ella es esencial al contrato, este último también es nulo. Los artículos del Código Civil antes citados, que reflejan el principio de que la buena fe y la equidad son el norte de toda relación contractual, no prevén que el contrato sea total o parcialmente nulo si el proponente incluye y el adherente acepta una cláusula contraria a la buena fe y la equidad. Sin embargo, nos parece razonable sostener que, en el ámbito de los contratos de adhesión, no tienen cabida las cláusulas contrarias a la buena fe y la equidad, que deben ser calificadas como

⁴⁴ El artículo 6 del Código Civil dispone: “*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*”.

contrarias al orden público. En estos casos procede entonces aplicar el citado artículo 6, el cual, al decir que *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*, deja claro que lo que está en juego es la validez de lo convenido. Por ende, si la cláusula abusiva por adhesión es esencial, es razonable considerar que el contrato es nulo; en cambio, si esta cláusula es prescindible, lo razonable es considerar que la misma es nula y que el contrato de adhesión subsiste.

Y tercero, las cláusulas deben ser interpretadas, en la medida de lo posible, de manera que no se produzca ningún abuso, ya que la buena fe es un parámetro para su interpretación.

El estudio de los problemas generados por las cláusulas abusivas debe realizarse tomando en cuenta que éstos surgen con respecto a los contratos de adhesión, cuyo ámbito natural son las vinculaciones en las que una parte tiene el poder de imponer a la otra todo o casi todo un texto contractual preestablecido. La exigencia de buena fe, equidad y orden público, presente en el Código Civil, debe mirarse a la luz de los artículos 113, 117 y 281 de la Constitución de 1999, que mencionan *“la protección del público consumidor”*, *“la defensa del público consumidor”* y *“los derechos del público consumidor y usuario”*; lo que llevó al Tribunal Supremo de Justicia a expresar que *“La defensa del consumidor y el usuario... tiene rango constitucional”*,⁴⁵ y que *“el trato equitativo y digno que propugna el Texto Fundamental se contraviene... cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva en detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”*.⁴⁶ Los contratos de adhesión suelen presentarse cuando existe una posición de dominio, lo que ocurre, tanto en los contratos de consumo, como en los contratos de franquicia y distribución; y el citado artículo 113 establece que *“es contrario”* a *“los principios fundamentales de esta Constitución”* el *“abuso de la posición de dominio”*, que *“el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos*

⁴⁵ Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>.

⁴⁶ Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML>

nocivos y restrictivos” del “abuso de la posición de dominio” y que se tendrá “como finalidad la protección del público consumidor”; y el Tribunal Supremo de Justicia dictaminó que “conductas constitucionalmente prohibidas, tales como... las que abusan de la posición de dominio..., no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos”.⁴⁷ Finalmente, “el trato equitativo y digno que propugna el Texto Fundamental” también “se contraviene cuando en los contratos de adhesión no existe el debido equilibrio de prestaciones”.⁴⁸

La protección contra cláusulas abusivas no se debe aplicar a la generalidad de los contratos, sino sólo a los de adhesión. De ahí la importancia de determinar si los contratos impuestos a los distribuidores y franquiciados califican como de adhesión. La protección contra cláusulas abusivas sólo debe aplicarse a los contratos de adhesión, porque, fuera del contexto de una posición de dominio, no tiene sentido hablar de cláusulas abusivas, puesto que, cuando existe un acuerdo entre iguales, que es objeto de negociación, las correspondientes disposiciones contractuales no pueden ser vistas de manera aislada. En estos casos, de contratos paritarios, al permitirse la discusión, la noción misma de cláusula abusiva no debería tener cabida, ya que, por un lado, cada contratante debe velar por sus propios intereses, y, por otro lado, hay que mirar el contrato globalmente, y no sólo sus cláusulas particulares, pues una disposición contractual que luce muy favorable para una de las partes puede hallar su contrapeso en una disposición contractual que considerada individualmente le es muy perjudicial.

⁴⁷ Sala Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2002, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>

⁴⁸ Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de febrero de 2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174458-00101-19215-2015-2014-0547.HTML>

GIGANTOECONOMÍA GLOBALIZADA DE INTERCAMBIO: LAS NUEVAS FORMAS DE SALIR DE LOS CERCOS JURÍDICOS NACIONALES Y SU IMPACTO EN EL DERECHO LABORAL

Tamara Adrián*

“Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos, la edad de la sabiduría, y también de la locura; la época de las creencias y de la incredulidad; la era de la luz y de las tinieblas; la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación. Todo lo poseíamos, pero no teníamos nada; caminábamos en derechura al cielo y nos extraviábamos por el camino opuesto”.

Charles Dickens. *Historia de dos ciudades*

“We cannot comprehend this world. We can only learn that there are dangers and there are secrets. Some secrets bring with them release, redemption.

But other are best buried deep in the earth, never to be found”.

Versailles. *Temporada 3, capítulo 1*

SUMARIO

Introducción. I. El fenómeno de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio. 1. Actividades de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio organizadas en forma de estrella para la prestación de servicios o el intercambio de bienes. 2. Implicaciones laborales de estas nuevas formas de organización de las actividades económicas globales. II. Implicaciones laborales de estas nuevas formas de organización de las actividades económicas globales. 1. Las propuestas de Miller para enfrentar legalmente los retos de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio. 2. Los efectos producidos por la economía de intercambio sobre los mercados tradicionales y sus implicaciones futuras. a. Muy lejos del apocalipsis, más cerca del cielo. b. Los retos en materia laboral, y, en general, en materia de orden público. • Conclusión.

* Tamara Adrián. Abogada *Summa Cum Laude* (UCAB, Caracas, Venezuela); Doctora en Derecho Comercial *Mention Très Bien* (Université Paris 2, Paris, Francia); Diplomada de Derecho Comparado (Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Paris 2, París, Francia); profesora de Derecho Civil III (Obligaciones), Universidad Central de Venezuela; profesora de Derecho Civil, Universidad Metropolitana; profesora jubilada de Derecho Civil III (Obligaciones) y de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello.

Introducción

Oponerse a los cambios de los tiempos es una actitud tan irracional y absurda como la de quien quisiese impedir la ocurrencia de un huracán o un terremoto. Frente a esas inevitables olas de profundas modificaciones en la forma de vida y en las estructuras económicas, lo más que podemos es, como quien se guarece de un huracán, tomar ciertas medidas para controlar algunos efectos indeseados del cambio indetenible, en el entendido de que sabemos pertinentemente que cualquier cosa que hagamos en contra del hecho en sí resultará vana y perniciosa.

En la actualidad estamos entrando de lleno en una cuarta revolución que está produciendo un cambio tan profundo como las tres primeras: la revolución industrial que comenzó a finales del siglo XIX; la revolución del internet que comenzó a final de la década de los noventa; la revolución globalizadora que se inició a partir de comienzos de la década de los noventa; y la revolución cibernética y de la inteligencia artificial que, a pesar de tener sus bases en tiempos anteriores, despega como un elemento indetenible de la actividad humana a partir de la segunda década del siglo XXI.

Muchos de los fenómenos que vamos a tratar en este artículo se insertan en la intersección, y, por ende, responden a la lógica conjunta y a la sinergia, de las tres últimas revoluciones: la de internet, la globalizadora y la de la inteligencia artificial. Y se desarrollan dentro de una estructura económica que, a falta de un término más adecuado, llamamos de *desnacionalización* de las actividades económicas. Debe notarse que una de las características de la actividad económica que se desarrolla en la intersección de estas tres revoluciones, es que los Estados-Nación son prácticamente incapaces de regular, controlar y supervisar estas actividades económicas que se realizan de manera global, por internet y con el uso intensivo de la inteligencia artificial. Con el agravante de que las ya vetustas estructuras globales de colaboración internacional creadas fundamentalmente luego de la segunda guerra mundial (i.e. ONU, OEA y sus organismos especializados satélites), son incapaces de proveer una solución global a estos problemas globales.

Dicho de otra forma, el derecho interno de los países ha sido concebido para ser aplicado utilizando el principio tradicional de la soberanía

territorial; en tanto que el derecho de los tratados y acuerdos internacionales sólo tiene una aplicación práctica en la medida en que los países soberanos deciden voluntariamente incorporar y aplicar las reglas comunes derivadas de dichos instrumentos internacionales. En consecuencia, el derecho de los estados -y en ciertos casos, de las uniones de estados, tales como la Unión Europea- es capaz de regular asuntos internos de los países. Pero muestra limitaciones e incapacidades técnicas evidentes cuando se trata de regular manifestaciones de las actividades globales, utilizando la red global de internet y la inteligencia artificial, escapando de la ubicación territorial que les permitiría a los estados una regulación y control efectivo.

I. El fenómeno de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio

Al fenómeno que estamos enfocando en este artículo se le llama, dependiendo de la posición en la que se ubique el autor: “economía de intercambio”, si se quiere dar énfasis a la forma en la que los actores económicos de la periferia realizan sus intercambios económicos;¹ o “gigantoeconomía” (“*Gig-economy*”),² si se quiere resaltar la envergadura de las operaciones realizadas. Nosotros proponemos un término propio que consideramos más comprensivo del fenómeno, que toma en

¹ Nestor M. Davidson, Michèle Fink and John Infranca, “The Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy” (2018), *The Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy*; Suffolk University Law School Research Paper No. 18-15; Fordham Law Legal Studies Research Paper. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3247816> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3247816>, consultado 01/09/2019. Daniel Rauch and David Schleicher, Like Uber, But for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the ‘Sharing Economy’ (January 14, 2015). George Mason Law & Economics Research Paper No. 15-01. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2549919> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2549919>. Consultado el 01/09/2019.

² Valerio De Stefano, “Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law” (April 20, 2016), *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, 2016; Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2767383. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2767383>. Consultado el 01/09/2019. ORAMBURG, Seth, Unbundling Employment: Flexible Benefits for the Gig Economy (March 6, 2018). 11 Drexel Law Review 1, Forthcoming; Duquesne University School of Law Research Paper No. 2018-10. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3135936> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3135936>, consultado 01/07/2019.

cuenta no sólo la talla de las actividades y la forma en la que se desarrollan los intercambios comerciales, sino también el carácter global de las actividades: “*Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio*”.

Estas nuevas empresas actúan fundamentalmente en dos ámbitos: en el campo financiero, particularmente bajo la modalidad de emisoras y negociantes de cibermonedas y ciberativos; y en el campo del intercambio de bienes y servicios, bajo la modalidad de actividad en forma de estrella. Es a esta última a la que le daremos énfasis en este artículo, tanto en lo que se refiere a su organización como a las implicaciones legales.

1. Actividades de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio organizadas en forma de estrella para la prestación de servicios o el intercambio de bienes

En pocos años se han desarrollado estos nuevos gigantes económicos que básicamente carecen de trabajadores propios, ya que la inteligencia artificial suplente la mayoría de las necesidades; que utilizan muchas veces la mano de obra como materia prima (“*comodity*”),³ dándole a esta mano de obra el carácter de “contratados independientes” (“*independent contractors*”); y que actúan de forma global sin estar involucrados de forma directa con ningún país específico. Estas actividades buscan ubicarse en los intersticios de la actividad global y la actividad nacional, de forma tal que no se le apliquen las normas de orden público de los estados para actividades afines o similares.⁴ Principalmente las reglas de protección al consumidor, de libre competencia, laborales, administrativas y fiscales.

³ Antonio Aloisi, “Commoditized Workers. Case Study Research on Labour Law Issues Arising from a Set of ‘On-Demand/Gig Economy’ Platforms” (May 1, 2016), *Comparative Labor Law&Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, 2016. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2637485> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2637485>. Consultado el 01/09/2019.

⁴ Sofia Ranchondas, “On Sharing and Quasi-Sharing: The Tension between Sharing-Economy Practices, Public Policy and Regulation” (October 11, 2016), *The Sharing Economy: Possibilities, Challenges, and the Way Forward* (2017) (Forthcoming); University of Groningen Faculty of Law Research Paper 2851202. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2851202> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2851202>, consultado el 01/07/2019.

Los intercambios comerciales se realizan muchas veces utilizando “cibermonedas”, que también ellas escapan al control de los estados nacionales, creando así mecanismos que dificultan todavía más cualquier intento de regulación local.

Su organización es normalmente en forma de estrella bajo la modalidad de intercambio persona a persona (P2P), en la que la organización ocupa el centro de la estrella, y no cumple otra función que la de poner en contacto a las personas que realizarán el intercambio, cobrando a cambio una remuneración. Aunque parte importante de los rendimientos económicos de estas empresas son de naturaleza financiera, fundamentalmente por recibir de la persona que contrata el servicio de forma anticipada el pago y convirtiéndose en depositario o custodio de este pago hasta que el servicio sea eventualmente prestado a satisfacción del contratante, permitiéndole así acumular en cualquier momento masas de dinero similares o inclusive superiores a las de un banco de talla mediana y hasta grande. Existen numerosos de estos gigantes que responden a estos esquemas en los que los actores centrales no prestan ningún servicio directo a las personas, sino que su modelo de negocios es el de poner en contacto personas que requieren de un servicio con personas que están dispuestas a prestar ese servicio, gigantes económicos tales como Uber, Lyft, TaskRabbit, Amazon Flex, DoorDash, Handy, Moonlighting, FLEXABLE, PeoplePerHour, Rover, Snagajob, TaskEasy, Upwork y muchos otros.⁵

Todas estas actividades están organizadas de forma tal que las personas que prestan el servicio a las personas que demandan el servicio queden unidas por medio de un contrato individual de prestación de servicios independientes, y que el prestador del servicio respecto de la empresa que une las puntas entre demandante del servicio y prestador del servicio no sea otra cosa que un contratado independiente⁶ (“*independent contractor*”). De esta forma se trata de evitar que exista cualquier tipo de relación de naturaleza laboral entre el prestador del servicio y el

⁵ Seth Oramburg, ob.cit., p. 1.

⁶ Nótese que obviamos la terminología usual que, a nuestro juicio, se usa erróneamente en Venezuela, de “contratista independiente”, que busca ubicar el centro de poder en cuanto a la determinación de las condiciones de contratación en la persona que presta el servicio, y no en la persona que requiere el servicio.

prestatario del servicio, por una parte; y entre el prestador del servicio y la compañía que funge de intermediario entre ambos contratantes del servicio independiente.

Esta forma de organización económica implica retos importantísimos desde el punto de vista legal, ya que desafía los parámetros tradicionales de las leyes laborales, de protección al consumidor,⁷ de impuestos y hasta de seguridad y defensa.

2. Implicaciones laborales de estas nuevas formas de organización de las actividades económicas globales.

Como las leyes laborales en todas partes del mundo estaban concebidas para proteger con prestaciones y derechos laborales a los trabajadores, y la lógica de estas leyes es que las mismas se aplican al trabajo formal regular en empresas en las que los trabajadores prestan servicios al patrono, estas leyes resultan entonces en una clara separación entre los trabajadores, que tienen derechos y prestaciones laborales, y los contratados independientes, que no tienen derechos ni prestaciones laborales, sino únicamente los derechos contractuales derivados del principio de la autonomía de la voluntad.

El sistema laboral vigente funcionó bajo los parámetros de la revolución industrial, en los que el patrono organiza una actividad económica propia y utiliza la mano de obra contratada laboralmente para llevar a cabo esta actividad propia. Pero no funciona en este sistema en estrella.

Ahora bien, en la medida en que estas actividades económicas han interrumpido en casi todas partes del mundo con tanta agresividad que prácticamente se han convertido en un competidor directo de los servicios directamente prestados por cualquier empresa, se está generando una paradoja y es que, de alguna manera, la rigidez de las leyes

⁷ Por ejemplo, en el caso de AirBnB se han detectado patrones discriminatorios en la prestación de los servicios de alojamiento, basados en raza, religión, orientación sexual, identidad de género, discapacidad y otros criterios prohibidos por las legislaciones locales, que han tenido que ser enfrentados progresivamente por medio de la inteligencia artificial. Ruomeng Cui, Jun Li and Dennis Zhang, “Reducing Discrimination with Reviews in the Sharing Economy: Evidence from Field Experiments on Airbnb” (December 8, 2016). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2882982> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2882982> consultado el 01/09/2019.

laborales hace que volvamos a los criterios de desprotección y de autonomía de la voluntad que generaron los abusos de la primera revolución industrial y que llevaron, a comienzos del siglo XX, a la aprobación de leyes del trabajo.⁸ Dicho de otra forma, estas actividades realizadas en el marco de esta *Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio* han tenido por efecto el de desproteger progresivamente a los trabajadores “independientes”, llevándoles a una situación similar, desde el punto de vista contractual, a la que existía en los tiempos decimonónicos. Es decir, que se observan signos de explotación legal y social que nos hacen retroceder, en algunos aspectos, a situaciones similares a las que acompañaron los inicios de la revolución industrial.⁹ Con el agravante de que la estructura globalizada de la actividad, por una parte, y la dispersión geográfica, por la otra, llevan a una dificultad enorme de la creación de mecanismos colectivos de presión con la finalidad de lograr mejores o más justas condiciones de contratación de las que provendrían del sólo principio de la autonomía de la voluntad.¹⁰ Y con el elemento adicional de que muchos de las personas que se ofrecen como trabajadores independientes, en realidad no son sino trabajadores al negro al servicio de patronos que los explotan.¹¹ Por otra parte, hay evidencia de que estos sistemas de contratación, lejos de ayudar a reducir la brecha de género, establecen criterios prejuiciosos derivados de la inteligencia artificial, que generan discriminaciones en contra de la mujer.¹²

Y es así, en definitiva, cómo un sistema laboral sobreprotector de los trabajadores ha conducido a la creación, entre los intersticios del sistema, de una organización económica que desprotege totalmente a

⁸ Brishen Rogers, “The Social Costs of Uber” (January 31, 2015), *University of Chicago Law Review Dialogue*, Forthcoming; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2015-28. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2608017> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2608017>. Consultado el 01/09/2019.

⁹ Antonio Aloisi, ob.cit., p. 655.

¹⁰ Brishen Rogers, ob.cit.

¹¹ Keith Cunningham-Parmenter, “Gig-Dependence: Finding the Real Independent Contractors of Platform Work” (June 4, 2019), *Symposium*, 29 N. ILL. U. L. REV. 379 (2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3354883> consultado el 01/09/2019.

¹² Arianne Renan Barzilay, “Discrimination Without Discriminating? Learned Gender Inequality in the Labor Market and Gig Economy” (June 1, 2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3426676> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3426676>. Consultado el 01/09/2019.

un número importante de actores económicos que, en otras condiciones, podrían gozar de beneficios contractuales y legales.¹³ Lo que, según algunos,¹⁴ obligaría a repensar de una forma mucho más flexible tales beneficios y derechos, y el sistema de leyes laborales, con la finalidad de lograr un equilibrio que no incite a la utilización cada vez más masiva de estas nuevas formas de contratación.

Aunque, parafraseando las primeras oraciones de este artículo, esta propuesta pareciese no tomar en cuenta la envergadura del evento que está produciéndose a través de esta nueva revolución. Y la necesidad de pensar fuera de la caja, tal vez con soluciones muy distintas a las tradicionales.¹⁵

Y esto es así, porque en muchas ocasiones los servicios no son prestados por seres humanos, sino por la inteligencia artificial. Se cita, a menudo, a Amazon Mechanical Turk, fundada en 2005, como la primera de las plataformas de “trabajo por demanda” (“on-demand work”) a partir de la cual que perfeccionó el esquema de actividades económicas proveídas por inteligencia artificial en otras plataformas más conocidas, como AirBnB o Uber. En este caso se decía en la publicidad inicial que se “empleaba a humanos como servicio” (“employing humans-as-a-service”). Cuando en realidad se trataba de una serie de actividades rutinarias proveídas a través de la inteligencia artificial, tales como procesar fotografías, transcribir podcasts, procesamiento de data cruda. Estas actividades se prestarían a través de “Turkers/Providers” que serían los “trabajadores” virtuales.¹⁶ El pago se descontaría al inicio, pero no se haría efectivo sino contra la aceptación final del trabajo, si el mismo es conforme. De tal manera que la actividad humana propiamente dicha estaría limitada a labores muy básicas, como teclear o alimentar las computadoras, en el mejor de los casos.

¹³ Orly Lobel, “The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law” (2016), *University of San Francisco Law Review*, Forthcoming; San Diego Legal Studies Paper No. 16-223. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2848456>. Consultado el 01/09/2019.

¹⁴ Seth Oramburg, ob.cit., p. 7.

¹⁵ Stephen R. Miller, “First Principles for Regulating the Sharing Economy” (February 2016), *53 Harvard Journal on Legislation* 147 (2016). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2568016> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2568016>. Consultado el 01/09/2019.

¹⁶ Antonio Aloisi, ob.cit., p. 656.

II. Repensar la forma de enfrentar legalmente el fenómeno de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio

En estas condiciones surge el reto de imaginar criterios con los que se pueda regular de manera innovadora esta nueva forma de economía. Tal vez ha sido MILLER¹⁷ quien ha profundizado más en la caracterización de estos criterios. Por lo que dedicaremos las líneas siguientes a destacar algunos elementos de su propuesta.

1. Las propuestas de Miller para enfrentar legalmente los retos de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio

Indica Miller que la manera de enfrentar legalmente los retos de la Gigantoeconomía Globalizada de Intercambio pasaría por repensar la forma en la que la ley regula los fenómenos económicos. Y este sentido propone diez principios a ser tomados en cuenta para repensar una regulación adecuada, así:

Principio 1: La economía de Intercambio es diferenciada y requeriría respuestas regulatorias diferenciadas: en este campo MILLER señala que existirían dos tipos básicos de modelos de intercambio. Uno que utiliza las estructuras de Uber, y que pone en contacto usuarios para un servicio inmediato que puede generar un riesgo físico; y otro como AirBnB, que puede implicar una serie de externalidades tales como regulaciones de uso de inmuebles, discriminación y seguridad. Por eso sugiere que debe haber enfoques diferenciados para cada estructura.¹⁸ En todo caso, los intentos de regulación vía prohibición de la actividad han sido hasta ahora infructuosos.

Principio 2: La economía de Intercambio debe ser sacada a la luz pública: unido a parte del anterior análisis, MILLER indica que la mayoría de las actividades de la economía de intercambio violan regulaciones y leyes nacionales y locales. Por lo cual existe un gran ámbito de ilicitud implícita. Así, un usuario o un conductor de Uber pueden tener dificultades en llamar o estar en contacto con la policía si ocurre algún

¹⁷ Stephen R. Miller, ob.cit.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 151-153.

hecho. Igual ocurre con AirBnB. De allí que sea necesario sacar a la luz pública las actividades, y encontrar maneras de limitar la ilicitud.¹⁹ Mientras la actividad se mantenga en la sombra en numerosos aspectos, pueden ocurrir abusos y riesgos no cuantificables.

Principio 3. La regulación de la economía de intercambio requiere del derecho a la información: como la economía de intercambio funciona largamente en la sombra, los intentos de los Estados de lograr acceso a determinada información, tales como las solicitudes de Nueva York de informar sobre las personas usuarias y que realizan alquiler de viviendas o los intentos de California de lograr acceso a la identificación y número de viajes que realizan choferes contratados a través de Uber, han derivado en litigios largos y costosos, y que no son necesariamente resueltos de forma positiva para los Estados.²⁰ Por ende, entender la forma en la que operan los sistemas y regular mecanismos específicos de visibilidad de la información, tendría que hacerse caso por caso.

Principio 4: La economía de intercambio está acá para quedarse, y eso es bueno: como la economía de intercambio se mueve ampliamente dentro de un rango de ilegalidad, podemos ver evidencia de intentos de ciudades, estados o países que buscan prohibir esas actividades. Es el caso, por ejemplo, de los intentos de Nueva Orleans de prohibir AirBnB, y de Boise de prohibir Uber.²¹ La realidad es que estos intentos se enfrentan con la realidad de unas actividades ampliamente ocultas y no reguladas, y estas prohibiciones lo que han generado es mayor ilegalidad, sin poder evitar, a mediano o largo plazo, la ocurrencia de la misma ya que los mecanismos son capaces de adaptarse rápidamente.

Principio 5: La economía de intercambio quebranta y repiensa los mercados establecidos: sin duda alguna uno de los reclamos más importantes de parte del sistema establecido de hotelería y también de transporte, es que las economías de intercambio de AirBnB y de Uber quebrantan de forma profunda la actividad económica en esos sectores. Al no estar sometidos a los criterios generales de construcción, gerencia y seguridad que se aplican a las actividades tradicionales, los hoteleros

¹⁹ Ibidem, pp. 153-154.

²⁰ Ibidem, pp. 115-156.

²¹ Ibidem, pp. 156-160.

y los transportistas se quejan de los efectos negativos sobre su rendimiento y ocupación de las actividades de intercambio.²²

Principio 6: La economía de intercambio establece nuevos mercados que pueden ser tomados por nuevos actores: como consecuencia de lo anterior observamos que un grupo importante de inversores inmobiliarios han encontrado la posibilidad de comprar inmuebles a bajo costo, remodelarlos, y ofrecerlos por AirBnB, incursionando así en el mercado de la economía de intercambio, y disfrutando de un mercado que carece de regulaciones efectivas, disminuyendo los costos de establecimiento, donde no tienen que competir con otros agentes económicos en un mercado altamente competitivo. Igualmente, ciudades como Nueva York, han establecido sistemas de contacto de taxis vía apps, y seguridades de tarifas y de conocimiento del chófer, compitiendo así directamente con Uber y Lift. De tal manera que nuevos actores pueden incursionar en los mercados recién creados, dinamizándolo e institucionalizándolo.²³ Esto podría contribuir a sacar a la luz los mercados hoy en la penumbra.

Principio 7: La economía de intercambio quebranta y repiensa las estructuras regulatorias: las estructuras regulatorias de la ocupación territorial de las ciudades americanas, prácticamente no ha cambiado en los últimos cien años. En este sentido observamos una estructura de planificación urbana que divide las ciudades de acuerdo a usos preestablecidos, con zonificaciones industriales, residenciales con múltiples familias, residenciales unifamiliares, comerciales, comerciales mixtas. Y dentro de estas zonificaciones, existen áreas que estaban reservadas, más o menos explícitamente, a personas de menores ingresos. Uno de los cambios que ha producido la economía de intercambio, particularmente de AirBnB, es que la oferta de intercambios se ha extendido a todas estas zonas, produciendo la necesidad de repensar las zonificaciones tradicionales. Áreas tradicionalmente industriales, comerciales o de servicios, de pronto han sido reacondicionadas para alojar la economía de intercambio, lo que produce *de facto* una ocupación diferente de la planificada. Pero empuja al mismo tiempo a repensar la zonificación

²² Ibidem, pp. 160-163.

²³ Ibidem, pp. 164-165.

original. En zonas unifamiliares se produce una división de los espacios, o el compartir de los espacios únicos, lo que lleva a repensar si es adecuado mantener un sistema de zonificación unifamiliar.²⁴

Principio 8: La economía de intercambio requiere de una respuesta más allá de las respuestas regulatorias tradicionales: la existencia de las economías de intercambio no puede ser enfrentada con las respuestas regulatorias tradicionales. Debido a su dispersión y a su informalidad, las prohibiciones de realizar actividades acompañadas de la implementación de una policía que busque y sancione a quienes, por ejemplo, participen en una economía del tipo AirBnB, parece improbable y, sobre todo, ineficiente. Si una economía de intercambio de este tipo se desarrolla en lugares en los que usualmente no existen hoteles ni formas de acomodarse temporalmente, la reacción además podría parecer desproporcionada y, sobre todo, sin consecuencias. Lo cierto es que la búsqueda de mecanismos que permitan a las autoridades locales enfrentar el hecho de la economía de intercambio, obliga necesariamente a pensar fuera de los mecanismos tradicionales de regulación.²⁵ En este sentido debemos recordar la lección aprendida de Napster en los años noventa, cuando la prohibición de intercambio de música no produjo, ni de lejos, el efecto deseado por los actores establecidos. De tal forma que los actores económicamente activos y los órganos reguladores están en la obligación de encontrar mecanismos para convivir con la economía de intercambio más que oponerse a ella.

Principio 9. El daño y el remedio son retos únicos a ser determinados específicamente para la economía de intercambio: las externalidades de una actividad económica pueden, muchas veces, ser determinados de forma clara. Por ejemplo, el efecto cancerígeno de una emisión de gases de motores diesel; o la destrucción de la fauna o la flora por una emisión de dióxido de sulfuro. En cambio, en el caso de las actividades de intercambio la determinación de las externalidades es mucho más difícil, y, a veces, casi imposible. Por ejemplo, si una familia ocupa una residencia durante un fin de semana en una edificio, ¿quién resulta afectado? ¿El vecino que tiene eventualmente un

²⁴ Ibidem, pp. 165-167.

²⁵ Ibidem, pp. 167-168.

residente temporal? ¿La comunidad del parque que tiene un niño jugando durante el fin de semana? ¿La comunidad entera por no poder controlar los ingresos y egresos del conjunto residencial? La pregunta podría ser multiplicada casi al infinito. Como la economía de intercambio no sólo compite con los mercados existentes, sino que crea nuevos mercados, resulta casi imposible determinar las externalidades de la actividad.

En otro sentido, como la actividad se mueve de forma más o menos subterránea, los centralizadores de la actividad deben establecer un sistema de intercambio de información basado en el sistema de *riesgo compartido, recompensa compartida*. Este sistema, que sería incompatible con las regulaciones tradicionales de policía, en las que el riesgo del usuario debe aproximarse a cero. Sin embargo, permitiría que el riesgo-beneficio de la actividad sea compartido por la comunidad en la que se desarrolla la actividad. En todo caso, los riesgos de la actividad son difícilmente controlables con un sistema de aseguramiento tradicional, que probablemente esté ausente en el sistema. Tal y como ocurría si un cliente de AirBnB causa un daño grave a una casa en la que está alojado.²⁶

Principio 10: La economía de intercambio implica partes diversas que deben ser tomadas en cuenta, cada una individualmente, para establecer una respuesta regulatoria: según quien escribe, encontramos que los autores señalan que hay una necesidad imperiosa de enfatizar la regulación de las actividades económicas, para incidir adecuadamente en el ámbito de las actividades de intercambio; o que, en cambio, es necesario dejar las actividades totalmente desreguladas. Lo cierto es que la experiencia muestra que los intentos de regulación, y, sobre todo, las soluciones que se centran exclusivamente en el regulador son incapaces de dar una respuesta efectiva y adecuada a la economía de intercambio.²⁷

De allí que deban tomar en cuenta al Estado y los gobiernos locales; a los nuevos y a los viejos mercados; a la máquina de desarrollo económico; a los participantes entrantes en el mercado; a los propietarios,

²⁶ Ibidem, pp. 170-171.

²⁷ Ibidem, pp. 172 y ss.

residentes y quienes alquilan; y a los vecinos. De otra forma no hay manera de encontrar una solución integral a los problemas disruptivos de la economía de intercambio.

2. Los efectos producidos por la economía de intercambio sobre los mercados tradicionales y sus implicaciones futuras

La gigantoeconomía globalizada de intercambio ha producido cambios dramáticos en muchos mercados relevantes. Sin embargo, (1) estos efectos están muy lejos de las afirmaciones apocalípticas de algunos agentes económicos establecidos, particularmente los hoteleros y los transportistas; aunque tienen una incidencia enorme en el cambio de algunos ambientes económicos, sobre todo laborales y en materia de protección al consumidor. Y, en todo caso, (2) la regulación de estos aspectos resulta en retos inimaginables sólo hace diez años.²⁸ Particularmente desde el punto de vista de las leyes de orden público.²⁹

a. Muy lejos del apocalipsis, más cerca del cielo

Después de haber analizado algunos de los cambios y de los retos que provoca la gigantoeconomía globalizada de intercambio, observamos que las modificaciones que han ocurrido están muy lejos de ser el apocalipsis que los integrantes de los mercados formales organizados habían predicho. Y, por el contrario, el dinamismo que se ha generado, tiene elementos de cercanía con la eficiencia en los mercados libres,

²⁸ Benjamin G. Edelman and Damien Gerardin, “Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?” (November 24, 2015), *Stanford Technology Law Review*, 19 (2016): 293-328; Harvard Business School NOM Unit Working Paper No. 16-026. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2658603> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2658603>. Consultado el 01/09/2019.

²⁹ Benjamin Means and Joseph A. Seiner, “Navigating the Uber Economy” (2016). *49 U.C. Davis Law Review 1511* (2016). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2663350>. Consultado el 01/09/2019. Sofia Ranchordas, “On Sharing and Quasi-Sharing: The Tension between Sharing-Economy Practices, Public Policy and Regulation” (October 11, 2016), *The Sharing Economy: Possibilities, Challenges, and the Way Forward* (2017) (Forthcoming); University of Groningen Faculty of Law Research Paper 2851202. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2851202> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2851202> consultado el 10/09/2019.

en cuanto a precios, calidad, cantidad y acceso. Y ello es así porque la economía de intercambio produce eficiencias y beneficios que probablemente no se hubieran producido, o no se hubieran producido en las mismas condiciones, de no haber existido esta economía.

En este sentido observamos, por ejemplo, en el mercado inmobiliario, que edificios o zonas enteras, particularmente ubicadas en zonas que habían estado deprimidas o con una actividad comercial limitada, son objeto de compras y renovación urbana con la finalidad de destinarla a intercambios con AirBnB y otras compañías similares de economía de intercambio. Por otra parte, se observa que generalmente estas zonas no se solapan sobre aquellas en las que usualmente se encuentran los hoteles y zonas más turísticas, produciendo una renovación urbana periférica. Asimismo, dinamiza muchos aspectos de la economía en zonas periféricas de las ciudades, ya que muchos grupos familiares prefieren tomar vacaciones en espacios donde puede cocinar y tener una vida mucho más ordinaria de la que tendrían en un hotel, aumentando el consumo comercial en zonas que antes estaban deprimidas. Finalmente, la actividad de Uber y otras compañías de intercambio de servicios de transporte, ha creado un aspecto positivo del sistema de transporte en al menos dos ámbitos: por una parte, en cuanto a la identificación de los chóferes de taxi oficiales y el control sobre los mismos imitando los sistemas implantados por Uber; y, por otra parte, la reducción o mantenimiento de muchas tarifas, en la medida en que la competencia se establece rompiendo el monopolio de los taxis tradicionales.

Ahora bien, si observamos de forma más detenida el asunto, podemos ver que efectivamente puede haber habido una merma en la ocupación de ciertos hoteles y en ciertos transportes tradicionales. Pero el quebrantamiento de la estabilidad del sistema económico tradicional ha traído también como consecuencia que las actividades tradicionales deban adaptarse a las exigencias de este nuevo mercado, y deban reinventarse. Por ejemplo, creando nuevas líneas de hoteles que compitan de forma directa con las habitaciones ofrecidas a través de AirBnB, o estableciendo mecanismos de seguridad, seguimiento por apps telefónicas, pago y tarifas competitivas en el transporte de taxis, para competir con Uber.

En suma, las economías de intercambio están haciendo que los agentes económicos tradicionales tengan que reinventarse para adaptarse, convirtiéndose así en un elemento determinante de la nueva competencia, hasta el punto de que podríamos preguntarnos si, a largo plazo, no habría cambios sustanciales en las economías tradicionales que podrían limitar el interés de las personas en los sistemas de economía de intercambio. Es decir, que el futuro de la gigantoeconomía globalizada de intercambio podría estar, en el mediano plazo, en la institucionalización del sector, con la posibilidad de que se formen otros nichos de economía de intercambio todavía inexplorados, que compitan con los actualmente existentes, ya establecidos.

b. Los retos en materia laboral, y, en general, en materia de orden público

En materia de gigantoeconomía globalizada de intercambio nada es lo que parece: estamos frente a trabajadores que no son trabajadores; a consumidores que no son consumidores; a prestadores de servicios que no son prestadores de servicios y a agentes económicos de intercambio que no realizan una actividad de intercambio propiamente dicha. Así, la gigantoeconomía globalizada de intercambio ha generado cambios sustanciales en la forma de ver las actividades económicas. Y, como ha crecido entre los intersticios de la legalidad y la ilegalidad, entre las sombras, y buscando mantener su carácter anónimo y privado, nos encontramos frente a retos regulatorios inimaginables sólo hace una década.

En el ámbito de los trabajadores, por ejemplo, la gigantoeconomía globalizada de intercambio de servicios a la demanda, ha venido permitiendo que parte de la masa laboral tradicional se aparte de los establecimientos comerciales e industriales clásicos, donde están protegidos eventualmente por leyes laborales, para pasar a prestar servicios directos a la demanda bajo la modalidad de contratados independientes.

Pero si observamos el fenómeno desde el punto de vista del organizador (plataforma) de los mecanismos de intercambio, i.e. Uber y otros coordinadores similares, veremos una masa de trabajadores que son usados como materia de intercambio (*commoditized workers*). Es

decir que, para la plataforma de intercambio utilizada en muchos de los esquemas, la mano de obra es su materia prima. Cuando este fenómeno era relativamente marginal, el impacto sobre los derechos de los trabajadores era relativamente menor. Pero en la medida en que se expande el fenómeno de la economía de intercambio, un porcentaje cada vez mayor de la mano de obra deja de estar bajo el paraguas de las leyes tradicionales del trabajo, concebidas básicamente para proteger a un trabajador bajo relación de dependencia ubicado en un centro económico unificado de producción o distribución de bienes o servicios. Y como el derecho del trabajo tradicional considera que los trabajadores contratados independientes no quedan amparados por las normas de orden público de protección de los trabajadores, sino por el principio de la autonomía de la voluntad y los contratos “libremente suscritos” por las partes, nos vemos enfrentados a una masa cada vez mayor de personas que caen dentro de esta categoría de contratados independientes.

¿Cómo enfrentar este fenómeno? La sola ampliación legal o jurisprudencial del ámbito de protección para cubrir a los contratados independientes parece no ser una solución ni efectiva ni eficiente. Las posibilidades fácticas de generar obligaciones laborales en cabeza de las plataformas de intercambio, parece bastante difícil. No sólo por la dispersión geográfica y nacional, sino por la naturaleza misma de las actividades, que se mantiene subterránea y escondida en muchos sitios. Y tratar de hacer responsables a los contratantes individuales de los servicios, parecería tirar por tierra toda lógica del sistema, amén de generar externalidades indeseadas en la economía, simplemente haciendo que el riesgo sea incorporado en el precio del servicio.

Por otra parte, el carácter independiente del contratado hace que, en algunas ocasiones, ocurran violaciones flagrantes de derechos humanos impensables hoy en día en casi todos los sistemas jurídicos, en ámbitos rígidos por leyes de protección al consumidor. Así, por ejemplo, recientemente una mujer fue echada de un Uber por ser lesbiana. Y hay denuncias de otro tipo de violaciones racistas de reglas de conducta en AirBnB y Uber, entre otros. Finalmente, hay evidencias de que estos sistemas de contacto persona a persona para la contratación de servicios bajo la modalidad de economía de intercambio, han provocado retrocesos en materia de derechos de la mujer, y particularmente en cuanto a

la igualdad de oportunidades. Todo ello hace repensar el sistema y buscar mecanismos para incorporar reglas básicas sobre no discriminación dentro de la gigantoeconomía globalizada de intercambio.

De allí que no podamos concebir soluciones tradicionales para tratar nuevos problemas. Creemos que una fusión de intereses diversos podría generar la sinergia necesaria para crear la masa crítica que exija soluciones de compromiso, desde el punto de vista legal. En las que los intereses contrapuestos sean servidos con el mayor equilibrio posible. Utilizando como instrumento de exigibilidad las nuevas tecnologías, y particularmente las críticas de los usuarios y contratantes del sistema. Con el apoyo de los organizadores y operadores de la economía de intercambio en forma de estrella. Es un plan osado y novedoso, que exige pensar totalmente fuera de la caja, y, sobre todo,, buscar elementos de encuentro entre los intereses contrapuestos, de forma tal que se les ponga a colaborar con la finalidad común de generar eficiencias en el sistema que, de otra forma, podría verse afectado negativamente por las desviaciones anotadas anteriormente.

Conclusión

Como en cada época, los cambios ocurridos generan nuevos retos y nuevas oportunidades. Satanizar pura y simplemente los cambios no impide que ellos ocurren ni ayuda a evitar los elementos negativos que de ellos derivan. La gigantoeconomía globalizada de intercambio está aquí para quedarse. Y con ella cambios sustanciales en las formas en las que se producen los intercambios de bienes y servicios.

Cada vez más ocurre que personas que estuvieron alguna vez insertadas en el marco de la economía tradicional formal, y, por ende, protegidas por el derecho tradicional del trabajo, se apartan de las actividades realizadas bajo la modalidad tradicional de dependencia, para pasar a formar parte de las economías de intercambio, en las que ya no están protegidos por las normas laborales.

Pensar en ampliar, pura y simplemente, el ámbito de las leyes laborales, no parece ser una forma eficaz y eficiente de enfrentar el problema. Sin embargo, es cada vez más evidente que las relaciones jurídicas basadas exclusivamente en el principio de la autonomía de la voluntad

que se desarrollan bajo el paraguas de los operadores o intermediarios entre los demandantes y los prestadores de servicios de intercambio lleva a una situación fáctica bastante similar a la que ocurría para los trabajadores a finales del siglo XIX. ¿Podrán los trabajadores unidos inducir cambios en este sentido? ¿O será simplemente el mercado, regido por demandas cada vez más exigentes de eficiencia y seguridad por parte de los demandantes de bienes o servicios, el que generará los cambios necesarios para que la desprotección absoluta actual devenga en una protección progresiva de los prestadores de servicios o vendedores de bienes?

En todo caso los cambios ya están acá, y debemos repensar totalmente los sistemas tradicionales de reglas de orden público, incluyendo las laborales, que parecen escapar a una aplicación real en una economía que se ha gestado y desarrollado en los intersticios entre la economía formal y la informal, y entre las economías nacionales y transnacionales.

CARACTERIZACIÓN DEL TRABAJO SEXUAL Y SU APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN LABORAL EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Javier Eduardo Almanza Junco*

SUMARIO

I. Introducción. II. Actualidad jurídica y social del ejercicio de la prostitución en Colombia desde la Constitución de 1991. III. El trabajo sexual en la jurisprudencia constitucional. IV. Trabajadoras y trabajadores sexuales: reconocimiento de discriminación y diseño de una política pública de atención. V. Conclusiones

I. Introducción

Es evidente que históricamente uno de los temas sociales que más tabús encuentra en el diálogo social, corresponde al tema del sexo, del cual desprende una amplitud de campos de discusión, entre los cuales se encuentra el de la prostitución.¹ Con la pretensión de entrar a analizar dimensiones jurídico-sociales de este, el actual documento proyecta la que sería en la actualidad la discusión frente a cómo se encuentra la caracterización del trabajo sexual² en su aproximación a la relación laboral en Colombia.

* Magister en Derecho Laboral y de la Seguridad Social (Universidad Libre), Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Conciliador en Derecho (Universidad Católica de Colombia); Prof. Titular en la Facultad de Jurisprudencia, Prof. del Posgrado de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, y Coordinador del Consultorio Jurídico del Área de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

¹ Jose Hoyos, “El placer de lo ajeno. Una mirada a la prostitución extranjera a comienzos del siglo XX”, *Placer, dinero y pecado. Historia de la prostitución en Colombia*, Aida Martínez y Pablo Rodríguez (compiladores), Aguilar, Bogotá, 2002, pp. 167-195.

² Aunque de entrada se puede plantear que en aras de evitar la estigmatización en el lenguaje de la actividad sexual comercial lícita, sería necesario salir del concepto peyorativo –y si se quiere heteronormativo–, de prostitución –del cual desprenden otros vocablos en esta vía como lo son el de puta y prostituta–, por lo cual en adelante se quisiera a hacer referencia al concepto de trabajo sexual, sobre la base de los contenidos propios de este concepto que más adelante se explican a profundidad –por ejemplo, incluye que esta no sea en ningún caso explotación sexual–, no se puede desconocer los antecedentes histórico-legales que se

Se reconoce que este se trata de un debate nada sencillo en su abordaje, toda vez que sobre este se han configurado miradas de discusión históricas, morales, religiosas, sociológicas, psicológicas, jurídicas y, en lo más recientes feministas, las cuales encuentran puntos de acuerdo y de discordia en las aproximaciones disciplinares y multidisciplinarias.³ Tan solo en el caso socio-jurídico, hay quienes ante la posición que plantea la regulación de esta actividad, responden que ello es profundizar en la mercantilización e instrumentalización del cuerpo de la mujer, de manera que no es una actividad que se deba regularizar sino abolir.

Presentadas estas primeras ideas, lo que se pretende con el actual documento es abordar el tema del trabajo sexual desde una óptica jurídica, e identificar el reconocimiento de legalidad que ha tenido el comercio sexual, en su posibilidad de ser comprendido como trabajo sexual. Para su desarrollo se apela a la realización de una revisión jurisprudencial, siendo para ello clave prestar especial importancia a la Sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional,⁴ la cual, no solo reivindica el derecho de ejercicio de esta actividad, sino que adicional exhorta a las autoridades competentes a tomar medidas en el camino de garantizar los más mínimos derechos fundamentales sobre las personas que la ejercen.

Se trata entonces de un documento por medio del cual se pretende analizar los más relevantes pronunciamientos jurisprudenciales de esta materia, reconociendo los antecedentes claves que llevan a la posición fijada por el Alto Tribunal Constitucional en esta Sentencia T-629 de 2010,

han construido alrededor del concepto de prostitución. De manera que, aunque se prefiera denominar la prostitución como trabajo sexual, en algunos apartes del documento se seguirá haciendo alusión a prostitución, toda vez que así aparece de manera expresa indicada en las normas que se traerán a colación.

También se quiere extender la solidaridad con el género femenino quien es el que en su mayoría ha ejercido el trabajo sexual, de manera que, con un ánimo reivindicatorio, el cual en ningún caso debe ser entendido a título de estigmatización, en adelante se quiere hacer referencia a trabajadora o trabajadoras sexuales, sin desconocer que en otros géneros también hay personas dedicadas a esta actividad, aunque como se señala, en una gran menor medida de lo que lo hacen las mujeres.

³ Miguel Urrego, “La prostitución en Bogotá: una realidad eclipsada por la moral”, *Placer, dinero y pecado...* ob.cit., pp. 197-216.

⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-629 (13, agosto, 2010). M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. Referencia: expediente T-2384611.

analizando a su vez si sobre la posteridad de esta se ha fortalecido el marco jurídico en materia laboral de protección del trabajo sexual, o si por el contrario, se halla la continuidad en la vulneración de los derechos laborales de las trabajadoras sexuales, y que sea esto evidente en la jurisprudencia más reciente formulada frente a este tema.

II. Actualidad jurídica y social del ejercicio de la prostitución en Colombia desde la Constitución de 1991

Desde una primera lectura constitucional, se considera que el ejercicio del trabajo sexual como actividad voluntaria lícita, se debería enmarcar en el reconocimiento de los derechos que persiguen el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger y ejercer cualquier profesión u oficio –preámbulo y artículos 1, 2, 5, 13, 16, 93 y 94, entre otros, de la Constitución Política–.⁵ Lo anterior, siempre y cuando este libre desarrollo de la personalidad y escogencia y ejercicio de oficios no afecte la integridad propia o de los demás, o se concluya que la profesión u oficio es una actividad ilícita.

Entra entonces en debate el considerando respecto a la legalidad que tiene el trabajo sexual en un país como Colombia, siendo este asunto una de las primeras proximidades que realiza la Corte Constitucional frente a este tema, luego de su creación en 1991. Para el caso, una de las primeras posiciones que sentó esta Corporación correspondió con definir la prostitución como una actividad que mancilla la dignidad de las personas que la ejercen “al comerciar con el propio ser”; no obstante, dada su carga histórica y sociológica, afirmaba, esta no podía ser erradicada de la sociedad, ni tampoco ser declarada ilegal.⁶

Por lo anterior, y ello como posición que se replica a su vez en Sentencia SU-476 de 1997,⁷ este Tribunal determinó exhortar a las autoridades competentes a adelantar las acciones necesarias en la vía de

⁵ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia (4, julio, 1991). Gaceta Constitucional 114.

⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-620 (14, diciembre, 1995). M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente T-52600.

⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-476 (25, septiembre, 1997). M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente T-127.634.

facilitar la rehabilitación de las personas que ejercen esta actividad, en tarea que debía ser direccionada desde los entes territoriales conforme a la responsabilidad que recae en estos, para que “las personas que ejerzan la prostitución encuentren medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse”,⁸ es decir, la prostitución no es ilegal, pero ello no la exime de ser mirada como una suerte de patología social.

Esta posición –si se quiere con una carga moral–, no se podría afirmar que es asumida de manera caprichosa por esta Corporación, o mejor, se podría señalar que es consecuente con lo que en su momento era el vigente Decreto 522 de 1971 o Código Nacional de Policía, el cual señalaba en su artículo 120 que: “el Estado procurará por los distintos medios de protección social a su alcance, que la mujer no se prostituya y le brindará a la mujer prostituida los medios necesarios para su rehabilitación”,⁹ lo cual llevaba a considerar la prostitución en ese entonces como un problema policivo.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, se podría ir previendo cómo la norma policiva en el asunto tratado, tendría cierto conflicto con las enunciaciones de libertades de las personas para ejercer su oficio, siendo este en efecto el asunto que entró a ser estudiado en jurisprudencias como las citadas con anterioridad, sobre las cuales se reiteran las conclusiones que fueron presentadas; esto es: aunque la prostitución no se podría prohibir, era tarea de las autoridades generar los mecanismos de “rehabilitación” de las personas dedicadas a este oficio socialmente censurable.

Esta posición jurisprudencial, se considera que en su resultado son más los nuevos debates que abre, que los que zanja, y se quiere mencionar en este sentido lo relacionado a que, si una actividad no es prohibida, ¿quién es la sociedad y sobre todo el Estado, para calificar un oficio lícito, de proceder indigno sobre su propia persona?, pero incluso, si no se trata de una actividad ilegal, por qué se debería considerar que

⁸ *Ibidem*.

⁹ Colombia. Decreto 522 (27, marzo, 1971). Por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones (derogada). Diario Oficial No. 33.300

conductas como la inducción a la prostitución pueden ser de tipificación contravencional o penal a título de formas de maltrato sexual.¹⁰

Y en efecto, resulta que este es el debate que encuentra mayor análisis en la jurisprudencia constitucional elaborada con posterioridad a la expedición de la sentencia constitucional de 1997 sobre el ejercicio de la prostitución, llegando para el caso a la Sentencia C-636 de 2009,¹¹ en la que la Corte Constitucional trata este asunto sobre la inducción a la prostitución, acogiendo la tradición jurídica en la materia de desalimantar de todo contenido de dignidad el ejercicio de la prostitución, señalando que, el delito de inducción a la prostitución no solo puede ser penalmente censurable, sino también que el Estado debe trabajar para erradicar, la prostitución:

Siendo la dignidad humana un derecho constitucionalmente protegido, resulta innegable que el Estado pueda sancionar aquellas conductas que se dirigen a menoscabarla, pues como fin esencial, la organización estatal tiene como objeto primordial la conservación de su integridad; en tanto que la prostitución como actividad comporta graves consecuencias para la integridad de la dignidad de las personas, pese a la tolerancia jurídica de que es objeto, por lo que la Corte encuentra legítimo que el Estado dirija sus esfuerzos a desestimularla, a reducir sus efectos e, incluso a erradicarla, de donde resulta legítimo que el Estado sancione la conducta de quien, pese a la afectación de los derechos individuales que se deriva de la misma, se lucre de esta actividad, además que el daño social producido por la explotación de la prostitución merece ser enfrentado con medidas de punición como las sanciones penales.¹²

Sobre esta posición planteada por la Corte Constitucional se pueden generar algunos reparos, como resulta de indicar que, el hecho de plantear cargas morales sobre oficios lícitos, se puede decir que desborda por obvias razones el sano raciocinio que puede hacer esta Corporación frente a temas como este, pues con todo y la carga histórica

¹⁰ Juan Mendoza, “¿Debe ser punible la inducción a la prostitución? Estudio de su fundamentación, estructura dogmática y problemática”, *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, Vol. 8, No. 1, 2014, pp. 77-93.

¹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-636 (16, septiembre, 2009). M.P.: Mauricio González Cuervo. Referencia: expediente D-7586.

¹² *Ibidem*.

de censura que tiene este oficio, se espera que la Corte opere más en la vía de determinar lo que es o no es constitucionalmente viable, más no para reproducir estos estereotipos estigmatizadores que pueden incluso poner en riesgo la integridad de las personas que ejercen la prostitución.

Por ello se considera que la clave en este debate resulta en definir lo que se puede entender por digno o indigno para la condición humana, y si algo es indignificante, sin lugar a duda debe ser declarado inconstitucional, ergo, lo contrario, no es a lugar que este Tribunal indicara que el oficio debe ser erradicado de la sociedad.¹³ La cuestión entonces está en el cómo se determina lo que dignifica o no a las personas, y la respuesta, que a todas luces debe superar las cargas morales, se debe direccionar a la respuesta científica de la cuestión; al respecto, no solo debe apelar al debate jurídico del tema, sino también al sociológico, psicológico, antropológico, de estudios culturales, entre otras disciplinas.

Al plantear este Tribunal que la prostitución es contraria a la dignidad de la persona humana por comerciar con su propio ser, lo menos que se puede esperar es que este Tribunal presente la base científica de su afirmación, y aunque, entre la científicidad social se puede encontrar justificada o también refutada esta tesis, no resulta prudente que la Corte se decante por la que mejor proyección moral tiene. De manera que afirmar sin más que la prostitución es una forma de menoscabar la dignidad de la persona, no presta mayor contribución al debate, siendo

¹³ Con algo de ejemplo en la realidad, se ha tendido a considerar que la presencia de prostitución en una sociedad es tan solo el reflejo de la falta de oportunidades que hay en esta; sin embargo, este argumento se desdibuja en la medida que se encuentra prostitución en ciudades de primer mundo o, que en países como Colombia, formas de prostitución como las denominadas “prepagos”, “escorts” o “damas de compañía”, son ejercidas por personas que no precisamente se encuentren en un riesgo socio-económico. Ángela Bermúdez, Ana Gavina y Hamilton Fernández, “Estilos psicológicos de personalidad en un grupo de mujeres adultas jóvenes dedicadas a la prostitución *pre pago* en la ciudad de Medellín”, *Terapia Psicológica*, Vol. 25, No. 1, 2007, pp. 25-37.

Lo anterior se señala, a propósito de indicar que, el carácter permisivo o justificativo que algunas personas pueden tener de la prostitución y que incluso de fondo se lee en la posición jurisprudencial, es que la prostitución es la única salida que encuentran algunas personas a la deficiente capacidad de subsistencia que pueden tener estas y sus familias; asociado a esto, que la prostitución es ejercida por y en lugares marginados de la sociedad, lo cual en evidencia de lo que se puede encontrar en la sociedad, no resulta siempre siendo así. Reyes, Catalina: “La condición femenina y la prostitución en Medellín”. En: Martínez, Aida; & Rodríguez, Pablo. (compiladores). Placer, dinero y pecado. Historia de la prostitución en Colombia, Bogotá: Aguilar, 2002, pp. 217-246.

esta una de las posiciones que se replantean en la jurisprudencia proferida desde 2010.

Antes de pasar a revisar este cambio jurisprudencial, se quieren sentar algunas salvedades frente a los considerandos planteadas; primero, que el debate sobre la dignidad del trabajo sexual no es precisamente el debate sobre la protección de la integridad sexual de las personas, de manera que al considerar punto de debate la enunciación punitiva de inducción a la prostitución,¹⁴ no se quiere de ninguna cuestionar los demás delitos sexuales; incluso, en la inducción a la prostitución, tal vez el verbo que más podría servir es la instigación, supeditada a la que se considere que el sujeto activo de la conducta buscó de todas las formas violentar de manera directa o por terceros, la integridad sexual de la persona instigada.

Incluso, se puede pensar que, en el uso de la categoría inducción esta tenga lugar cuando la conducta sucede en persona menor de 18 años, pues en el diseño de otros referentes legales, se prevé la especial protección de esta población en distintos asuntos que incluyen la integridad sexual y, por tanto, no sería consecuente con este acervo normativo que no se censurara la prostitución en menores de 18 años; lo anterior, no tanto, se insiste, por el encasillamiento social de este oficio, sino por las formas de protección de la integridad sexual de los menores de 18 años desarrollado así en distintas normas.

Sin ser del interés central del actual documento tratar en específico este delito de inducción a la prostitución, y recordando que su citación deviene en la relación que se quiso dar a una actividad legal sobre la inducción a esta, sea relevante citar al cierre de este debate se quiere señalar que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal tiene un pronunciamiento reciente al respecto, en cual establece que el delito no solo prospera en la medida que exista perfeccionamiento de la conducta, esto es, que la persona inducida acepte, sino también en el evento de que la persona no acepte pero se haya visto instigada a hacerlo. Precisa el Tribunal que:

¹⁴ Gloria Abadía, “Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia”, *Revista de Estudios Sociales*, No. 42, 2012, pp. 104-117.

Atendiendo (...) al bien jurídico objeto de tutela, la libertad e integridades sexuales, en la especie concreta de prohibición de la explotación sexual, puede advertirse que el tipo penal de inducción a la prostitución abarca desde acciones tendientes a promover el comercio carnal o la prostitución, hasta el ejercicio efectivo de uno u otros inducidos por un tercero. Por tanto, que se debe catalogar entre los denominados delitos de simple actividad, en la medida en que basta con que se busque persuadir a la persona involucrarse en alguna de las mencionadas actividades para que se entienda consumada la conducta, con independencia de que el resultado se produzca o no.¹⁵

Se insiste en que la posición fijada, es en el fondo un contrasentido con el concepto general de trabajo sexual que, aunque si bien se comparte el que se deba proteger la libertad e integridad sexual de las personas, la interpretación abstracta de este derecho fundamental llevaría a que no se pudiera permitir de ninguna manera el ejercicio de la prostitución, ergo, se estaría frente a una posición en la que se estaría vulnerando el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger y ejercer cualquier oficio que no sea ilegal. Sirva anotar que, el caso estudiado por la Corte Suprema corresponde a una situación donde la persona inducida era menor de edad, y aquí vuelve y se destaca, que bien esta podría ser una discusión centrada en la capacidad legal de la persona inducida.

Un debate que, en principio estaba fijado entre legalidad e ilegalidad, dignidad y oficios indignos, ahora se centra en el debate entre la protección de la libertad e integridad sexual de las personas versus el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger y ejercer cualquier oficio. La jurisprudencia previamente citada, en efecto no aborda este debate, por ello la importancia que tiene analizar la Sentencia mencionada en varias oportunidades, la Sentencia T-629 de 2010.¹⁶ de la Corte Constitucional, para evaluar el alcance efectivo que debe tener el precepto que indica que la prostitución es en sí un trabajo sexual, que como tal debe gozar de protección.

¹⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 122-2018 (21, marzo, 2018). M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero. Radicación No. 48192.

¹⁶ Ob.cit.

III. El trabajo sexual en la jurisprudencia constitucional

Se ha señalado, que la Sentencia T-629 de 2010 de la Corte Constitucional, establece un nuevo escenario de reconocimiento de derechos para con las personas que ejercen el trabajo sexual.¹⁷ En igual posición de reconocimiento sobre esta Sentencia, Misael Tirado¹⁸ (2014), destaca como esta reivindica la dignificación de este oficio, lo cual debe ser consecuente con que se declare el legítimo derecho a su ejercicio, al amparo de del orden constitucional de derechos que se han enunciado en la vía de su no prohibición; en el recuento de esta Sentencia, el autor destaca:

Tanto en la tutela interpuesta que da origen a la Sentencia T-629 de 2010 como en la situación de trabajadores sexuales en general se encuentran realidades en las que ha existido una constante discriminación y nula protección de los derechos laborales ante la ausencia de contrato laboral o de mecanismos que amparen sus derechos, por lo que la Sentencia resulta primordial en la protección de los derechos fundamentales de esta población.¹⁹

Como lo señala el autor en este y otros escritos,²⁰⁻²¹ las realidades históricas que se tejen alrededor del ejercicio de la prostitución son en evidencia de discriminación y segregación social y laboral, en el modo de que se ha tendido, como se ha señalado con anterioridad en este escrito, a describir la actividad en el marco de la prostitución más no en el contexto de un trabajo sexual. Negar en tanto su condición de trabajo, es lo que, entre otros factores, ha conducido a que no se contemplen prerrogativas laborales o si quiere de un contrato civil con el contenido

¹⁷ Ob.cit.

¹⁸ Misael Tirado, “Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia”, *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, Vol. 8, No. 1, 2014, pp. 11-37.

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

²⁰ Misael Tirado, “El debate entre prostitución y trabajo sexual: una mirada desde lo socio-jurídico y la política pública”, *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, Vol., 6, No. 1, 2011, pp. 127-148.

²¹ Misael Tirado, “El trabajo sexual desde una perspectiva de los derechos humanos: implicaciones del VIH/sida e infecciones de transmisión sexual”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, Vol., 14, No., 27, 2014a, pp. 97-110.

de un contrato de prestación de un servicio, siendo esto lo que se entra a reivindicar con la Sentencia en comentario.

Frente al caso, la Corte Constitucional, en lo que sería la reinterpretación de las posiciones asumidas con anterioridad frente a la prostitución, subvierte el sentido de esta posición en la Sentencias T-629 del 2010,²² reiterada luego está en Sentencias como la T-736 del 2015,²³ donde se exhorta a la visibilización de derechos de las y los trabajadores sexuales, toda vez que su desconocimiento puede llevar al desconocimiento sistemático de unos derechos mínimos que no se le pueden negar a nadie en el seno del Estado social de derecho:

(...) como se ha evidenciado en el caso de [la accionante] y en los estudios que el mismo Distrito presentó en el proceso, las y los trabajadores sexuales sigan siendo sólo cifras y datos en las estadísticas y encuestas, sujetos discriminados y sometidos a la indignidad de no merecer la protección del Estado que operaría con cualquier trabajador de actividad lícita en sí misma, víctimas por regla, de una invisibilización en sus derechos económicos y sociales fundamentales, estimada en esta providencia inadmisiblemente e ilegítima.²⁴

La reflexión hecha por el Tribunal, hila en sentido de reconocer que se ha apelado a observar a las y los trabajadores sexuales, como tan solo estadísticas de ocupación de espacios en las denominadas “zonas de tolerancia”, que lo relaciona a su vez con otra serie de conductas censuradas socialmente por un sector de la población, como resulta del libertinaje sexual o el consumo de drogas, de manera que en la medida que se da la reproducción de estas estigmatizaciones, se está rechazando la aplicación de principios constitucionales como son la igualdad y la diferencia.

En la medida que se ha normalizado socialmente este rechazo, se ha dado paso a que no se discuta por lo menos si la actividad que, diferente a ser una “mala conducta social”, pueda ser vista como una actividad de prestación de un servicio o una actividad laboral. Es esto lo que se

²² Ob.cit.

²³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-736 (30, noviembre, 2015). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: expediente T-4.982.494.

²⁴ Sentencia T-629 del 2010, ob.cit.

rescata de esta Providencia, donde la Corporación hace relieve el hecho de que, si fuese otro trabajador en otro tipo de oficio, esta podría ser la discusión, pues ya hay un extenso reconocimiento jurídico-social de la protección que se debe dar a cualquier trabajador.

Frente a lo anterior, señala el Alto Tribunal Constitucional que, como el trabajo sexual se trata de una actividad históricamente censurada, esta no se ha llevado al debate que merece respecto al reconocimiento de derechos laborales, lo que en el fondo corresponde a un tratamiento abiertamente contrario al Estado social de derecho, incluso, apela a señalar que estos elementos son parte de la denominación que dedica a las personas que ejercen el trabajo sexual para declarar que son sujetos de especial protección constitucional. Al respecto, en Sentencia T-736 de 2015 se señala:

las autoridades deben tener en cuenta que el trabajo sexual lícito es una forma de subsistencia que, aunque debe estar sujeta a las garantías laborales, no se desarrolla como cualquier trabajo, por las complejidades que se desprenden tanto de la actividad en sí misma, como del contexto en el que ésta se da, que en la mayoría de los casos parte de condiciones de vulnerabilidad por el estatus socioeconómico de quien la ejerce. Las particularidades mencionadas ameritan que se dé una especial protección constitucional a favor de quienes desempeñan la prostitución, que se materializa en la adopción de acciones afirmativas que contribuyan a combatir el estigma del que son objeto, y garanticen que este grupo este en igualdad de dignidad y derechos.²⁵

El conjunto de argumentos presentados en favor de la denominación del trabajo sexual como una forma de relación laboral, es lo que lleva a resolver al Alto Tribunal Constitucional a reconocer la ausencia de garantías laborales que, en el caso preciso de la accionante y la Sentencia, se establece por parte de un establecimiento nocturno frente a la que sería su empleada, la trabajadora sexual, destacando que, esta al igual que las y los demás trabajadores sexuales, son en la cadena de prestación del servicio la parte débil del contrato, de allí que se proyecte su especial protección jurídica, no solo en términos policivos y de salu-

²⁵ Sentencia T-736 de 2015, ob.cit.

bridad, sino también del reconocimiento de garantías laborales. Surge entonces, frente a estas personas, señala el Tribunal:

(...) el imperativo constitucional de reconocer sus mínimas garantías, de permitirles ser vinculadas no sólo a un sistema polícivo de protección en salubridad y cuidado propio, sino también al sistema universal de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales, así como el ahorro para la jubilación y las cesantías. De allí la importancia de empezar a visibilizar sus derechos desde el Derecho, no sólo en su perspectiva liberal e individual, sino también en la económica y social, en la que les concreta posiciones jurídicas de derecho a una remuneración justa por su trabajo...²⁶

Como decisión, se inicia la solicitud de este Tribunal hacia el Ministerio de Trabajo, para que este elabore una propuesta de regulación frente al trabajo sexual, sobre la base de la dignificación y reconocimiento de derechos de las personas que ejercen esta actividad, la cual sea debatida con la propia población trabajadora sexual, cuidando de que el resultado regulatorio en ningún caso signifique la facilitación de situaciones de explotación sexual, en considerando que a su vez son tenidos en cuenta en las Sentencias T-736 de 2015 y T-594 de 2016,²⁷ que reiteran la posición asumida por el Tribunal en Sentencia T-629 de 2010.

IV. Trabajadoras y trabajadores sexuales: reconocimiento de discriminación y diseño de una política pública de atención

Formulados los planteamientos de la Sentencia T-629 de 2010,²⁸ se identifica el interés del Tribunal Constitucional por reivindicar los derechos, por lo menos laborales, de la población dedicada al trabajo sexual, reconociendo por primera vez, la categoría de trabajo sexual lícito y su diferencia con la explotación sexual. Al formular la necesidad de

²⁶ Sentencia T-629 del 2010, ob.cit.

²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-736 (31, octubre, 2016). M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia: expediente T-5.596.207.

²⁸ Sentencia T-629 del 2010, ob.cit.

reconocimiento de estos derechos históricamente negados, se abre campo, como ya se indicó, el trabajo institucional en cabeza del Ministerio de Trabajo, para que expida la reglamentación necesaria sobre esta labor, en la vía de que se le asista a la trabajadora o trabajador sexual, de unos derechos mínimos salariales y prestacionales.

Sin embargo, a la posteridad del estudio de la Sentencia T-629 de 2010, se identifican Sentencias como la T-736 de 2015 y T-594 de 2016, las cuales en la verificación de los lineamientos dictados en la Sentencia de 2010, reconocen que la problemática del trabajo sexual no pasa tan solo por la regulación laboral del tema, sino del trabajo interinstitucional para el diseño y ejecución de una política pública al respecto, que supere la sistemática discriminación sobre esta población, que es lo que de fondo lleva al desconocimiento de sus derechos.

En lo preciso, la Sentencia T-736 de 2015 inicia indicando que, en la generalidad las personas que se dedican al trabajo sexual son personas marginadas y discriminadas,²⁹ de manera que la facilitación de recursos institucionales para su atención pasa por la regulación del aspecto laboral que, debe ser complementado con otras medidas de dignificación y garantía de un mínimo vital. Señala entonces, que es deber del Estado actuar frente a dicha marginalización, es decir la dignificación del trabajo sexual, cuidando de que en ningún caso ello signifique la promoción de otras conductas asociadas a la explotación sexual:

Los trabajadores sexuales conforman un grupo discriminado y marginado por su actividad respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material. Es necesario enfatizar que existe una diferencia entre el trabajo sexual lícito que parte del ejercicio de la voluntad libre y razonada de su titular, así se dé en contextos de vulnerabilidad socioeconómica, y la prostitución forzada o la explotación de seres humanos por el lucro económico de terceros. Las conductas de explotación sexual, trata de personas, inducción a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores,

²⁹ “Para que un grupo se configure como discriminado o marginado debe reunir tres características, a saber: i) que en efecto se trate de un grupo social identificable; ii) que se encuentre en una situación de subordinación prolongada; y iii) que su poder político se encuentre severamente limitado, por condiciones socioeconómicas, por clase, o por perjuicio de los demás”. Sentencia T-736 de 2015, ob.cit.

demanda de explotación sexual comercial niños, niñas o adolescentes, pornografía con menores de 18 años, turismo sexual, prostitución de menores de 18 años y facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de edad, se encuentran penalizadas en Colombia, con el objetivo legítimo y deseable de suprimir y perseguir estas actividades ilegales y vulneradoras de derechos humanos.³⁰

Haciendo eco de la posición presentada por el Tribunal Constitucional, resulta fundamental que, en atención de los derechos de las personas que ejercen este oficio, se facilite en lo más pronto mecanismos institucionales de acción y dirección, que incluya la regulación del trabajo sexual. Como se ha indicado, la promoción de condiciones de salubridad y acompañamiento policivo hace parte de la intervención integral estatal que debe tener la población dedicada al trabajo sexual, aunque, en la vía de facilitar estos y otros derechos, resulta clave que exista una regulación sobre el trabajo sexual que a la fecha no se ha expedido:

La omisión de regulación del trabajo sexual lícito ha invisibilizado a las personas que lo ejercen, al desconocer su actividad, el cual no es protegido por el derecho al trabajo, a pesar de que se da con el pleno ejercicio de la autonomía. Estas condiciones marginan a las personas que ejercen el trabajo sexual y limitan su posibilidad de disfrutar de otros derechos fundamentales, particularmente del derecho a la igualdad. El reconocimiento de la protección del derecho al trabajo es fundamental como una medida de especial protección constitucional, y reviste obligaciones para el Estado y para los establecimientos de comercio en los que se ejerce el trabajo sexual por cuenta ajena.³¹

Se marca así la existencia de una omisión legislativa, a la cual no han atendido las autoridades administrativas en la vía de generar una regulación del trabajo sexual lícito, sea ejercido por cuenta propia o por cuenta ajena. En la medida que el Estado no atiende a esta situación, se prolonga y se profundiza este escenario de desatención sobre una

³⁰ Sentencia T-736 de 2015, ob.cit.

³¹ Sentencia T-736 de 2015, ob.cit.

población ya identificada como marginada y discriminada, lo cual prolonga las condiciones de necesidad a las que algunas personas que ejercen el trabajo sexual se exponen. Frente a esta situación, la Sentencia T-594 de 2016, reitera en señala que:

Este panorama muestra que la omisión de regulación planteada, tanto para el trabajo sexual ejercido por cuenta propia, como por cuenta ajena –a partir de la voluntad libre y razonada–, ha tenido como efecto la exclusión de este grupo de las garantías laborales. Por lo tanto, las personas que ejercen la prostitución en cualquiera de sus modalidades lícitas no tienen acceso a la protección de los derechos a la salud, y a la seguridad social, situación que perpetúa su exclusión. Si bien el deber del Estado respecto de la eliminación de los efectos nocivos de la prostitución es legítimo y deseable, este único acercamiento a la misma ha dejado desprotegidas a las personas que ejercen la actividad, al ser despojadas de todo trato jurídico que proteja las condiciones laborales.³²

Ha sido entonces tarea de los jueces, ante la omisión legislativa, reconocer y tutelar cuando corresponde los derechos laborales de la población que se dedica al ejercicio del trabajo sexual, toda vez que en la actualidad aún subsiste el vacío normativo respecto a la regulación del ejercicio del trabajo sexual en el país. Nota adicional merece la Corte Constitucional, Sentencia T-073 de 2017³³ que, aunque se declaró su nulidad por desconocer el precedente judicial en materia de la facultad que tienen los entes territoriales para el uso del suelo, reitera el reconocimiento del trabajo sexual como actividad lícita, reiterando el llamado a las autoridades en la materia para reglar sobre el tema.

Se debe señalar adicionalmente que varios de los argumentos presentados por el Alto Tribunal Constitucional, han sido parte de las iniciativas de carácter legislativo que se ha promovido para la regulación del trabajo sexual en Colombia, aunque estas no han salido avante. De igual manera se debe mencionar que también se han presentado iniciativas encaminadas a sancionar la contratación de trabajadoras y

³² Sentencia T-594 de 2016, ob.cit.

³³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-073 (6, febrero, 2017). M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expediente T-5.872.661.

trabajadores sexuales, aunque estas no han contado tampoco con éxito; entre otras cosas porque llegar a hacerlo sería desarrollar una norma inconstitucional, teniendo en cuenta el respaldo de derechos fundamentales que tiene el trabajo sexual en Colombia.

V. Conclusiones

El debate frente a la prostitución como actividad legal o ilegal se reconoce como un tema controversial dado no solo Colombia sino a nivel global, y parte de este dominio controversial, se presume que ocurre por factores diferentes que van desde lo moral, hasta la delgada línea que la puede dividir de los delitos sexuales o la salud pública. Advertidas estas consideraciones, el actual documento estableció como escenario problema socio-jurídico de desarrollo, el análisis del debate dado en Colombia respecto a la legalidad del trabajo sexual, el cual encuentra como momento clave el 2010 con la expedición de la Sentencia T-629 por parte de la Corte Constitucional.

Esta sentencia, aparte de ofrecer el reconocimiento del trabajo sexual como un oficio susceptible de ser celebrado a título de contrato de trabajo, inicia el llamado a las autoridades en la materia para que no solo reglamenten el trabajo sexual, sino también de ofrecer medidas de política pública de dignificación a quienes lo ejercen, en un llamado que se reitera en Sentencias posteriores, pues, y esto como una realidad que se mantiene a la actualidad, no ha existido ese ejercicio jurídico-institucional suficiente, para que este propósito se haga realidad.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado como la regulación del ejercicio del trabajo sexual en Colombia, a la actualidad presenta una deuda que las autoridades en la materia no han agotado de manera suficiente. Si bien en el barrido documental sobre el tema se pueden encontrar documentos institucionales en la vía de esta regulación, estos han sido parte de parte de conceptos proferidos en la vía de la regulación legislativa que, al no contar con la aprobación del Congreso de los proyectos de ley en la materia, estos a su vez quedan en el archivo.

Se pueden plantear razones para justificar que a la actualidad subsista esta omisión legislativa, siendo una de ellas que las autoridades

en la materia no han encontrado equilibrios precisos entre el desarrollo del trabajo sexual desde su concepción como una actividad de orden laboral, y los boquetes que puede abrir dicha regulación a la proliferación escondida de formas alternas de explotación sexual, lo cual sería altamente contraproducente en términos del intensificado en los últimos años ejercicio jurídico-institucional encaminado a perseguir y sancionar la comisión de delitos sexuales.

También habría que revisar el avance que ha tenido la convocatoria por parte de las entidades encargadas, de las y los trabajadores sexuales, pues precisamente por esa condición de estigmatización social, pueda que esta población sea renuente a establecer diálogos institucionales encaminados a la dignificación de su labor; también sería clave, revisar la posición que asumen quienes las y los contratan en establecimientos dedicados a esta labor, pues puede que en su consideración vean inconveniente establecer relaciones de orden laboral. Puede pasar también que, por esta estigmatización, sea difícil encontrar autorreconocimiento en esta población, en un cúmulo de hipótesis, que serían mejor resultas desde una lectura sociológica.

Así, con todo y la legalidad que hoy se le ofrece a esta actividad, la falta de una política pública clara en la materia problematiza y dificulta la dignificación de la labor; la ampliación en el reconocimiento de derechos que se deriva de la expedición de la Sentencia T-629 de 2010, no ha sido atendida de manera suficiente y con acciones de corto, mediano y largo plazo que, permita entre otras, la garantía de derechos laborales. Incluso, si existe algo de pudor frente al trabajo sexual, se puede pensar en que las acciones de política incluyan un componente de reubicación laboral.

Con todo y la precariedad en los avances, no se puede dejar de reconocer lo importante que ha sido el trabajo de la Corte Constitucional en la materia, la cual, soportada en su responsabilidad de defensa íntegra de las personas a la luz del ordenamiento constitucional, ha sabido reconocer el vacío en el reconocimiento de derechos, y de allí mismo el llamado a las autoridades en la materia a que reglen el asunto. Frente a estas últimas, y de modo contrario al reconocimiento hecho al Tribunal Constitucional, se hace el llamado a dichas autoridades a que reglen un asunto que está llamado a regular desde 2010.

LA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO ¿ESTÁ VERDADERAMENTE EN CRISIS?

Pablo Arellano Ortiz*

SUMARIO

I. Introducción. II. La raíz conceptual de la subordinación y dependencia. III. Las eventuales críticas a la subordinación. IV. Reflexiones finales para continuar la discusión.

I. Introducción

La relación de trabajo se ha visto enfrentada en los últimos años a diversas críticas. Se ha intentado de diversas maneras destruir la construcción protectora del derecho del trabajo, la cual ha tomado más de un siglo levantar. Los embates desreguladores parecen ser más fuertes de lo que se pudiere haber presagiado. Eventualmente el norte de la protección se encuentra en juego: entregar o no entregar protección en base al derecho del trabajo,¹ ello sin considerar las múltiples formas de trabajo humano que se desarrollan simultáneamente y que no son protegidas suficientemente.²

Desde los inicios del derecho del trabajo, es decir, desde la Revolución Industrial (o Cuestión Social en América Latina)³ que la doctrina

* Especialista en Derecho del Trabajo en la Unidad de Derecho Laboral y Reforma del Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, Suiza). Investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Ha sido profesor de las Cátedras de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Correo electrónico: arellano@ilo.org.

Las opiniones expresadas incumben solamente al autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo.

¹ A este respecto se pueden incluir teorías sobre fronteras, huídas, límites, el fin del derecho del trabajo, etc.

² Entre los cuales se encuentra el trabajo informal y los llamados empleos atípicos.

³ Ver, Francisco Walker Errazuriz y Pablo Arellano Ortiz, *Derecho de las relaciones laborales*, Tomo 1 (Derecho individual del trabajo), Librotecnia, Santiago, 2016.

de derecho del trabajo se ha preguntado ciertas cuestiones básicas, tales como: ¿Qué es trabajo? ¿Quién es el trabajador? ¿El empleador? ¿Se trata de una relación entre iguales?⁴ Estas preguntas no tienen ninguna originalidad pero nos sirven de guía para saber qué responder cuando nos preguntamos acerca de los objetivos a tener en cuenta cuando se establece una regla regulatoria.

La adopción de una reglamentación para el trabajo es el origen mismo de la rama. Buscar cómo establecer una regla para todos los implicados en un sector económico para evitar distorsiones económicas, y dumping social que ellas conllevan. De esta manera las primeras regulaciones dicen relación con seguridad y salud en el trabajo, ya que buscaban evitar los accidentes y las muertes en las minas de acero y carbón.⁵ De esta manera las preguntas enunciadas siguen siendo válidas hoy en día y nos sirven de guía para establecer nuevas regulaciones.

Sin embargo, no debemos ser ingenuos. Luego de la Revolución Industrial han pasado por lo menos dos revoluciones industriales más. La doctrina las explica indicando que la primera se produce por la incorporación de la maquina a vapor; la segunda por el proceso de producción en serie; la tercera por la incorporación de la computación; la cuarta, en la que nos encontramos,⁶ por el desarrollo de la economía digital; y la quinta, a venir, por la masificación de la inteligencia artificial. Cada revolución se caracteriza por ser un periodo de transformación estructural del mercado de trabajo, en que los oficios y trabajo se adaptan a las nuevas formas de producción. Son procesos en general de adaptación de empleo más que de destrucción de los mismos,

Este trabajo pretende enfocarse justamente en una de las preguntas centrales para el derecho del trabajo: la subordinación y dependencia. La cual se estudiará tanto en su origen conceptual como también en su defensa frente a las evaluaciones del mundo del trabajo en la Cuarta

⁴ Sobre estas preguntas revisar Connor Craden, “A new theory of industrial relations. People, markets and organizations after neoliberalism”, *Routledge Research in Employment Relations*, Routledge, New York - London, 2018, p. 18.

⁵ Ver, Francisco Walker Errazuriz y Pablo Arellano Ortiz, ob.cit.

⁶ Se recomienda revisar, Gabriela Mendizábal Bermúdez, Alfredo Sánchez Castañeda y Patricia Kurczyn Villalobos (coordinadores), *Industria 4.0 Trabajo y Seguridad Social*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2019.

Revolución Industrial. A través de este trabajo se intentará sostener que la relación de subordinación y dependencia continúa siendo un elemento esencial para el derecho del trabajo y su regulación. Incluso para aquellas relaciones que se estima se encuentran en una zona intermedia.

II. La raíz conceptual de la subordinación y dependencia

Para lograr comprender cuál es el origen primario de la subordinación y dependencia en el derecho del trabajo debemos antes que nada revisar el origen mismo de esta rama del derecho. Así, Ermida y Hernández lo explican de la siguiente manera:

“El Derecho del Trabajo nace como un desprendimiento del Derecho Civil, destinado a atender relaciones derivadas de la prestación del trabajo que el segundo, cuya estructura obligacional se fundamenta en la piedra angular de la autonomía de la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, en tales situaciones, una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono, con el consecuente resultado de injusticia social”.⁷

De esta manera el derecho del trabajo supone un vínculo jurídico propio de las circunstancias que se pretende proteger. Se trata de un contrato, pero no uno liberal en el sentido del derecho civil si no uno cuyo contenido es la relación de trabajo y su regulación. Así entonces desde sus orígenes el contrato de trabajo nace como una categoría distinta a las del derecho privado, ello debido a que su contenido no puede quedar al arbitrio de la regulación privada.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha indicado sobre la relación de trabajo la complejidad de su estudio. En este sentido ha señalado lo siguiente:

⁷ Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación”, *Ius et Veritas*, N°25, 2002, p. 281.

“71. Muchas leyes nacionales contienen disposiciones sobre la relación de trabajo, en especial sobre su ámbito de aplicación. Sin embargo, a pesar de ciertas semejanzas, no todas las legislaciones del trabajo contienen un tratamiento exhaustivo o de la misma amplitud sobre el tema. Algunas disposiciones se refieren a la regulación del contrato de trabajo como un contrato específico, su definición, los sujetos y sus respectivas obligaciones. Otras disposiciones tienden a facilitar el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo y se refieren también a los mecanismos administrativos y judiciales para vigilar el cumplimiento de las leyes y lograr su aplicación.

72. En términos generales, la relación de trabajo establece un vínculo jurídico entre una persona que realiza un trabajo y la persona en cuyo beneficio es realizado ese trabajo a cambio de una remuneración, bajo ciertas condiciones establecidas en la legislación y la práctica nacionales.

73. Algunas leyes definen el contrato de trabajo como el marco de la relación de trabajo y también definen al empleado y al empleador. La definición de empleador puede abarcar igualmente al contratista o a la agencia de empleo, y la ley puede imponer ciertas obligaciones al usuario del contratista o de la agencia de empleo.

74. En muchos países, la ley contiene una definición sustantiva del contrato de trabajo formulada de manera tal que establece los factores que constituyen dicho contrato y por ello mismo que pueden diferenciarlo de contratos análogos. En cambio, en otros países la legislación es más escueta, por lo cual la tarea de precisar cuándo existe un contrato de trabajo corresponde en mayor medida a la jurisprudencia.

75. Básicamente, las legislaciones con definiciones sustantivas dicen que el contrato de trabajo es un acuerdo mediante el cual una persona se ofrece a realizar un trabajo para otra persona a cambio de una remuneración, bajo determinadas condiciones. Algunos factores son utilizados para establecer si un contrato es o no un contrato de trabajo. La descripción de tales factores es formulada con variantes, y con distinto grado de amplitud de un país a otro”.⁸

⁸ OIT, *La relación de trabajo*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95.ª reunión, 2006, Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, pp. 19-20.

La cuestión de la definición de la relación del empleado no resulta ser un ejercicio simple. Aunque se trata de un ejercicio de vital importancia para el derecho del trabajo comparado.⁹ Ciertos factores son usados comúnmente como determinantes de la relación de trabajo: dependencia y subordinación o trabajo realizado bajo la dirección, autoridad, supervisión o control del empleador, o bajo las *órdenes o instrucciones del empleador*, o dadas por cuenta de éste.¹⁰ Cabe indicar que el estudio de las partes también ha sido objeto de sendos estudios por la doctrina laboral, de entre ellos podemos citar el trabajo de Davidov sobre la noción de trabajador¹¹ y un importante estudio de Vacarie sobre el concepto de empleador,¹² tan solo por citar algunos ejemplos.

Para efectos de este trabajo, como hemos señalado, nos interesa referirnos a los primeros, es decir, a la subordinación y dependencia. Se ha señalado que en algunas legislaciones se usan los términos dependencia o subordinación de manera alternativa y en otras se emplean los dos con distinto significado o bien como sinónimos.¹³ Incluso se puede observar que se confunde su significación, indicándole funciones económicas y jurídicas a la subordinación o dependencia,¹⁴ sin realizar una distinción previa entre ambos términos.

Hemos indicado en trabajos previos que la subordinación dice relación con un vínculo jurídico y que la dependencia con aspectos económicos de la relación de trabajo.¹⁵ Por tanto, este trabajo tiene por objeto hacer una referencia al vínculo jurídico que une a las partes en la relación de trabajo. Se postula que la subordinación como criterio jurídico sigue vigente no obstante las tensiones y las políticas públicas que se

⁹ Para una revisión en derecho comparado de la relación de empleo ver: Giuseppe Casale (ed), *The employment relationship. A comparative overview*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2011.

¹⁰ OIT, *La relación de trabajo*, ob.cit., p. 21.

¹¹ Guy Davidov, “Who is a worker?”, *Industrial Law Journal*, Vol. 34, No. 1, march 2015, pp. 57-71.

¹² Isabelle Vacarie, *L’employeur*, Sirey, Paris, 1979.

¹³ OIT, *La relación de trabajo*, ob.cit., p. 21.

¹⁴ Luis Lizama Portal y Diego Lizama Castro, “El Derecho del Trabajo y la Economía Colaborativa”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 53, Noviembre 2019, p. 210. Incluso en dicho trabajo se ocupa indistintamente las expresiones “subordinación o dependencia” y “subordinación y dependencia”.

¹⁵ Francisco Walker Errazuriz y Pablo Arellano Ortiz, ob.cit., pp. 185-188.

intentan promover en los últimos años. Aunque no se debe dejar de lado que muchos de los problemas actuales dicen relación con relaciones contractuales de dependencia económica.¹⁶

Determinar qué es la relación de trabajo resulta un ejercicio comparado complejo.¹⁷ Debemos indicar que la noción de relación de empleo es relativamente transversal a los sistemas jurídicos. Sin embargo, ello no sucede con las nociones de subordinación y dependencia, así por ejemplo en derecho anglosajón se suele considerar entonces la subordinación del trabajador al poder de control del empleador.¹⁸

No obstante ello, intentaremos re-visitarla a la luz de los cuestionamientos actuales en relación a la *gig economy* y en base a los argumentos que se emitirán se intentará sostener que la relación de trabajo sigue más vigente que nunca.

III. Las eventuales críticas a la subordinación

La subordinación jurídica como criterio determinante de la relación de trabajo no ha estado exenta de críticas. En la doctrina latinoamericana importantes trabajos se han escrito por Oscar Ermida.¹⁹ Así, por ejemplo, Ermida y Hernández han indicado: “El concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo fue propuesto, en los albores

¹⁶ Un estudio sobre estas nuevas formas de relación de dependencia económica con incidencia en materia de derecho del trabajo puede ser revisado en: Miriam A. Cherry y Antonio Aloisi, “*Dependant contractors in the gig economy: a comparative approach*”, *American University Law Review*, Vol. 66:635, 2017, pp. 635-689.

¹⁷ Para una revisión en derecho comparado de la relación de empleo como se indicó ver: Giuseppe Casale, ob.cit.; Nicola Countouris, “Defining and regulating work relations for the future of work”, Governance and Tripartism Department - International Labour Office, Geneva, 2019; Mark Freedland y Nicola Kountouris, *The legal construction of personal work relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹⁸ Gordon Anderson, Douglas Brodie y Joellen Riley, *The common law employment relationship. A comparative study*, Edward Elgar, 2017, pp. 2-3.

¹⁹ Ver por ejemplo: Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, ob.cit., pp. 281-295; Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación. II Parte”, *Revista laboral chilena*, Año 2002, Número 5, p. 61; Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación. I Parte”, *Revista Laboral Chilena*, Año 2002, Número 4, p. 67.

mismos de la formación de la disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador”.²⁰

Sin embargo, los mismos autores constatan que en América Latina son pocas las leyes que definen la subordinación o dependencia.²¹ Lo que dificulta la tarea de la protección mediante un concepto que solo es definido mediante la jurisprudencia y por la doctrina. Cabe hacer notar que en el derecho anglosajón la necesidad de una definición no existe, así como tampoco se cuestiona que la jurisprudencia aporte fijando criterios e interpretando.²²

Los desarrollos de las formas de trabajos atípicas o formas no standard de trabajo, en sus múltiples modalidades, incluyendo las más recientes como lo son las que se incluyen en la *gig economy* han producido un cuestionamiento sobre la validez de la subordinación como criterio determinante.

Todolí-Signes ha indicado en este sentido: “En todo el mundo, la principal característica que conduce a la protección de la legislación laboral es la existencia de una relación subordinada. El modelo actual de protección de los empleados gira en torno a la existencia de trabajo subordinado como la característica principal del contrato de trabajo. En la actualidad, al examinar el contrato de trabajo para averiguar si un trabajador es un empleado o un contratista independiente, los tribunales confían, de forma predeterminada, en la “prueba del derecho al control”.²³ Este examen de pruebas al control es uno de los criterios que se ha identificado para determinar la existencia de la relación de trabajo.²⁴ Este examen de existencia de criterios toma diversas formas. En derecho anglosajón se ocupa justamente de determinar la existencia

²⁰ Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación”, *Ius et Veritas*, ob.cit., p. 282.

²¹ *Ibidem*, p. 283.

²² Revisar Gordon Anderson, Douglas Brodie y Joellen Riley, ob.cit.

²³ Adrián Todolí-Signes, “The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33, no. 2, 2017, p. 245.

²⁴ Ver, OIT, *La relación de trabajo*, ob.cit.

de control ejercido por el empleador hacia el empleado o trabajador.²⁵ En derecho continental, y sobre todo en el latinoamericano, se ocupa la técnica de indicios,²⁶ coincidimos con Fita Ortega²⁷ en relación a que el sistema de indicios ha demostrado ser en extremo útil al momento de determinar la existencia de una relación de trabajo. En particular este mecanismo busca la confirmación de la aplicación del principio de primacía de la realidad,²⁸ este principio además encuentra consagración normativa al ser incorporado en la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).²⁹

En el fragmentado, o fisurado, mercado de trabajo actual una de las formas atípicas propias de la *gig economy* como lo es el transporte a través de aplicaciones como Uber ya había sido identificado en el año 2002 por Ermida y Hernández. Ellos indicaron al contrato de distribución o flete como una figura de derecho comercial que se ha convertido en una forma de externalizar el trabajo prestado.³⁰ Dicho en otras palabras, la externalización de servicios como proceso de fragmentación de las empresas hoy toma nuevas formas a través de las plataformas digitales. Pero sigue respondiendo a un mismo fenómeno y, además, afectando de la misma manera a la subordinación.

Ermida y Hernández acertadamente indican a este respecto que: “un nuevo criterio para definir la subordinación, debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en

²⁵ Revisar Gordon Anderson, Douglas Brodie y Joellen Riley, ob.cit.

²⁶ Revisar Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, 2ª ed., Universidad Libre, Bogotá, 2019, p. 80 y ss.

²⁷ Fernando Fita Ortega, “Los derechos colectivos de los trabajadores en la economía digital: ¿hacia un movimiento obrero digital?”, *Revista de Direito do Trabalho*, Especial Cielo Laboral 2018, Uruguay, Thomson Reuters, Brasil, 2019.

²⁸ Sobre este principio revisar: Américo Plá Rodríguez, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione, Clásicos Jurídicos Uruguayos, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, Montevideo.

²⁹ Para consultar su texto https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R198:NO.

³⁰ Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación”, *Ius et Veritas*, ob.cit., p. 288.

un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo una circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, ya no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono”.³¹ El hecho de estar en forma permanente en el lugar de trabajo no necesariamente debe ser el determinante de la relación de trabajo.

Por otro lado, la existencia de un vínculo personal de trabajo ha sido desarrollado en un estudio comparado que pretendía crear un marco común de análisis en el derecho del trabajo entre la regulación inglesa y la de los países europeos. Así, Mark Freedland propone una nueva categoría de vínculo que denomina “*Personal Working Nexus*”, el vínculo personal de trabajo.³²

A juicio de Todolí-Signes en relación a la determinación de la subordinación en la *gig economy*:

“Al final, la falta de instrucciones dadas por el empleador no debe ser una razón para anular las disposiciones de la legislación laboral. Ni “subordinación” ni “dependencia” deben considerarse un sinónimo de “control”.

El control se refiere a las instrucciones que se le dan al empleado, en el sentido de administración que les dice a los trabajadores qué hacer y cómo hacerlo, pero la subordinación y la dependencia son términos mucho más amplios, que incluyen la dependencia económica (la falta de oportunidades para diversificar el riesgo) y la dependencia psicológica.

Dado que la nueva tecnología permite a las empresas proporcionar trabajo a terceros sin dar instrucciones directas, la tradicional “prueba de derecho a control” fácilmente podría dejar de brindar protección a los trabajadores que la necesitan tanto como a

³¹ *Ibidem*, p. 294.

³² Sobre esta teoría ver, Mark Freedland, “From the contract of employment to the personal working nexus”, *Industrial law Journal*, Vol. 35, N° 1, marzo 2006, pp. 1-29; Mark Freedland, *The personal employment contract*, Oxford University Press, Oxford, paperback, 2006. Al respecto también consultar: Giuseppe Casale y Adalberto Perulli, *Towards the single employment contract, Comparative reflections*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office, Geneva, 2014; Mark Freedland y Nicola Kountouris, *The legal construction of personal work relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

los trabajadores tradicionales. En este sentido, para proteger a los trabajadores de las vulnerabilidades, los tribunales no deben adoptar una “prueba de derecho a control” estricta, sino una interpretación intencional del contrato de trabajo”.³³

Hemos indicado que al parecer lo que se constata hoy en día es una dependencia económica aún más marcada que en los periodos anteriores. En donde, la necesidad de obtener ingresos es más fuerte que la necesidad de tener un empleo estable.³⁴

Si se considera los argumentos de este autor, pudiendo incluir un factor organizacional,³⁵ además de la subordinación jurídica y dependencia económica, no existe mucha diferencia en los trabajadores de categorías atípicas y de la *gig economy*, con el trabajador típico a tiempo completo y contrato indefinido. De esta manera el elemento principal sigue siendo la subordinación la que diferencia este vínculo jurídico de otros contratos como el arrendamiento de servicios. El problema aquí es cuándo nos encontramos en situación de un falso trabajador independiente.³⁶

Además, coincidiendo con lo que indica Fita Ortega, en relación con que la noción de subordinación ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo. Más aun cuando señala que hoy en día el trabajo subordinado ha dejado de ser hace ya tiempo el único necesitado de tutela.³⁷ Pero, entonces cabe preguntarnos si es en realidad el objetivo de la subordinación y dependencia. El mismo autor indica en relación a los derechos colectivos en la *gig economy* que:

“el primer obstáculo para la plena eficacia de los derechos colectivos en el trabajo realizado a través de plataformas se deriva de la dificultosa labor de determinación de la laboralidad de la prestación de servicios, siendo que, ya sea como resultado intencionadamente buscado o como consecuencia connatural a esta forma de organización productiva, el trabajo prestado a través de

³³ Adrián Todolí-Signes, ob.cit., p. 266.

³⁴ Pablo Arellano Ortiz, “El desafío de la relación de trabajo: la tensión de la subordinación y la (des)regulación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXIX, Núm. 273, Enero -Abril 2019, p. 163.

³⁵ Francisco Walker Errazuriz y Pablo Arellano Ortiz, ob.cit., pp. 185-188.

³⁶ Cuestión que escapa este trabajo por su extensión y que amerita un trabajo independiente.

³⁷ Fernando Fita Ortega, ob.cit.

las plataformas digitales presenta peculiaridades que dificultan su calificación jurídica, las cuales vienen a añadirse a otras complejidades preexistentes en muchas de las actividades que ahora se materializan a través de plataformas”.³⁸

Lizama y Lizama por su parte, desde otra perspectiva, también constatan que la dificultad es saber si efectivamente se está en una relación subordinada y dependiente.³⁹ Aunque estos autores realizan una férrea defensa respecto a que los trabajadores de plataforma no lo son en el sentido de la legislación del derecho del trabajo, considerando tan solo a un grupo pequeño como parte integrante de la cobertura de esta rama.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, podemos constatar que en realidad las dificultades que se le imputan a la subordinación y dependencia no lo son en relación al contenido del concepto, sino que más bien dirigidas en función de las relaciones contractuales y categorías de trabajadores a los cuales se le quiere aplicar.

Para sostener este argumento de defensa de la subordinación lo que debemos realizar es una estimación cuantitativa de la cantidad de empleos involucrados. Para ello haremos una revisión de las principales transformaciones que ha tenido el mercado de trabajo, para luego referirnos al lugar de la subordinación en ellas.

Recientemente la OIT⁴⁰ ha publicado en relación a la *gig economy* lo siguiente:

“Los negocios digitales, lo que a veces se denomina economía de “plataforma” o ‘gig’ economy, surgieron en la segunda mitad de la década de 2000 con el crecimiento de Internet, que ofreció nuevas oportunidades para la producción y prestación de una gama de servicios prestados a través de mercados en línea. Las plataformas de trabajo digital pueden tomar una variedad de formas, aunque es útil distinguir entre “crowdwork” y el “work

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Luis Lizama Portal y Diego Lizama Castro, “El Derecho del Trabajo y la Economía Colaborativa”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 53, Noviembre 2019, pp. 207-219.

⁴⁰ International Labour Organization, *Informality and non-standard forms of employment*, Prepared for the G20 Employment Working Group meeting 20-22 February 2018, Buenos Aires, p. 10.

on-demand via apps”. El Crowdwork generalmente se refiere a actividades o servicios que se realizan en línea e independientemente de la ubicación. Aunque algunos de estos trabajos implican el movimiento de trabajo de la economía fuera de línea a la economía en línea, en otros casos, son tareas nuevas que permiten el buen funcionamiento de las industrias basadas en la web, como la moderación de contenido en sitios de redes sociales. Catalogación de productos en línea y transcripción de videos de Youtube. Work-on-demand via apps se refiere a las actividades físicas y servicios que se realizan localmente; las actividades típicas incluyen transporte, entrega y servicios a domicilio. En estos casos, una aplicación se utiliza para hacer coincidir la demanda y la oferta de trabajo dentro de un espacio geográfico particular.

Si bien el empleo a través de las plataformas laborales digitales sigue siendo pequeño, las estimaciones varían desde el 0,5 por ciento de la fuerza laboral en los EE.UU. Hasta el tres por ciento en Europa (con una definición más amplia). Se espera que el empleo digital se expanda en el futuro, a medida que más empleos –o tareas– pasen de la economía fuera de línea a la economía en línea. Sin embargo, este crecimiento no está exento de desafíos, en particular con respecto a la regulación y las condiciones de trabajo. Dada la naturaleza del trabajo en las plataformas de trabajo digital, los trabajos son ocasionales, con trabajo solo disponible cuando hay un trabajo o tarea específica que necesita un cliente. Por lo tanto, la mano de obra digital puede considerarse como una forma de empleo no estándar”.

Como resulta fácil de observar la dimensión de la *gig economy* es bastante pequeña dentro de los mercados de trabajos como constata la OIT. Entonces, los discursos catastrofistas sobre el fin del mundo del trabajo resultan ser en extremo exagerados, pues resulta extremadamente difícil que se produzca un gran impacto en el mercado de trabajo, o incluso el fin del derecho del trabajo, que muchos anuncian. Claro está que se seguirá desarrollando la tecnología, ello dio origen incluso al derecho del trabajo, pero no se vislumbra su desaparición, sino todo lo contrario, su fortalecimiento. Ello debido a que se deberán buscar nuevos mecanismos de protección jurídica adaptados a las necesidades de los nuevos trabajadores.

Ello debido a que es posible encontrar que se ha aplicado el derecho del trabajo existente a estas relaciones contractuales digitales. Y más aún porque estos trabajadores poseen derechos individuales y colectivos⁴¹

de la misma manera que los trabajadores regulares.⁴² En realidad tienen acceso a los mismos derechos fundamentales como cualquier persona y no le deben ser restringidos.⁴³ Estos argumentos se están usando en forma más contundente en diversas legislaciones.⁴⁴

Por su parte, los empleos atípicos se han manifestado cada vez más frecuentemente. Se habla de una fragmentación del mercado de trabajo debido a que éste se va partiendo en pequeñas regulaciones de acuerdo a la categoría de trabajador que participa en él. También se ha ocupado el término de mercado de trabajo fisurado.⁴⁵ Esta fragmentación hay que entenderla en el sentido que ya no nos estamos refiriendo al ejemplo típico de relación de trabajo a tiempo completo y a duración indefinida. Existen hoy día relaciones de trabajo subordinado con otras características, a tiempo parcial o a plazos acotados. La OIT en su informe del año 2016 ha establecido algunas tendencias mundiales en relación a los empleos atípicos.⁴⁶ Enuncia que, en más de 150 países, el uso promedio de empleados temporales en empresas registradas en el sector privado es del 11%, con cerca de un tercio de los países en torno a esta media. Mientras que las mujeres representan menos del 40% del empleo asalariado total, representan el 57% de empleados a tiempo parcial. Además, muchas mujeres trabajan a tiempo parcial, ya que les permite combinar

⁴¹ En este sentido Valerio De Stefano, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, *Industrial Law Journal*, Vol. 46, No. 2, July 2017, pp. 197.

⁴² En este sentido: Fernando Fita Ortega, ob.cit.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Para ejemplos de estos usos, ver: Hannah Johnston y Chris Land-Kazlauskas, “Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy”, *Conditions of work and employment series*, N° 94, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, ILO, Ginebra.

⁴⁵ Ver, David Weil, “The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It”, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014; WEIL, David (2011) “Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience”, en *The Economic and Labour Relations Review* Vol. 22 No. 2, pp. 33–54

⁴⁶ International Labour Office, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Ginebra, 2016.

el trabajo remunerado con las responsabilidades domésticas y de cuidado. El empleo ocasional es una característica prominente de los mercados laborales en los países en desarrollo, y ha crecido en importancia en los países industrializados. Por su parte, en los países industrializados, la diversificación del trabajo a tiempo parcial en “horas muy cortas” o trabajo “de guardia”, incluidos los contratos de “horas cero”.⁴⁷ (sin horas mínimas garantizadas), tiene paralelos con el trabajo informal en los países en desarrollo. Por otro lado, los datos sobre el trabajo de agencia temporal (TAW) y otras relaciones contractuales que involucran a múltiples partes son escasos. En los países con datos disponibles, TAW abarca de 1 a más del 6 por ciento del empleo asalariado.

La situación en América Latina no dista de aquella a nivel mundial, y ha sido analizada hace ya bastante tiempo.⁴⁸ Se ha sostenido que “durante la última década, América Latina experimentó un proceso de mejora significativa del mercado laboral, que se refleja principalmente en la reducción del desempleo, la creación de empleos, el aumento del salario real promedio y la formalización laboral. A pesar de estas mejoras, los países de la región todavía muestran déficits notables en materia laboral y en la generación y distribución de ingresos. La presencia de formas de empleo no estándar se suma al alto nivel de informalidad”.⁴⁹

IV. Reflexiones finales para continuar la discusión

No cabe duda alguna que lo expuesto en estas páginas no resolverá el debate sobre la subordinación, ello no fue nuestro objetivo. A lo largo de estas líneas esperamos que el lector haya podido darse cuenta que la *subordinación sigue latente, y lo que en realidad se puede constatar en forma empírica es que la precariedad es más profunda.*

⁴⁷ Sobre este tipo de contrato revisar: Abi Adams y Jeremias Prassl, *Zero-Hours Work in the United Kingdom, Conditions of Work and Employment, Series No. 101, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch*, ILO, Ginebra, 2018.

⁴⁸ Oscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo, *Descentralización, Tercerización, subcontratación*, OIT, Lima, 2009.

⁴⁹ Roxana Maurizio, *Non-standard forms of employment in Latin America: Prevalence, characteristics and impacts on wages, Conditions of Work and Employment, Series No. 75 Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch*, ILO, Ginebra, 2016.

En este sentido se ha indicado por la OIT que cerca de un 60% del mercado de trabajo a nivel mundial se encuentra excluido de protección o posee una protección muy débil.⁵⁰ La informalidad se encuentra presente de diversas maneras en todos los continentes. Los empleados atípicos siguen creciendo y además tomando nuevas formas, tales como el contrato de cero horas. Quedando muchas situaciones en las fronteras o límites de la cobertura del derecho del trabajo de forma expresa.

¿Cabe entonces culpar a la subordinación y dependencia? Los derechos laborales, individuales y colectivos, le pertenecen a todo trabajador. Fita Ortega lo reafirma indicando que tanto trabajadores típicos como atípicos deben tener derecho a un conjunto de derechos inalienables.⁵¹

A nuestro parecer la encrucijada actual del derecho del trabajo no pasa por una mayor o menor preponderancia de la subordinación y dependencia. Como ya hemos indicado en otro trabajo, estimamos que los esfuerzos normativos deben ser reorientados hacia los mecanismos que permitan una mayor efectividad de la regulación de fondo del derecho del trabajo.⁵² Pero además, cabe señalar que hemos constatado que estos esfuerzos normativos se dirigen hoy en día en algunos países hacia justamente el cumplimiento y ejecución de la normativa existente.⁵³ Una premisa básica en derecho es que resulta absurdo tener una excelente norma si ella no será jamás aplicada y, por ende, efectiva en la práctica. Los esfuerzos deben ir enfocados en que la regulación de fondo se cumpla, y evitar que se creen mecanismo para evadir las obligaciones laborales.

⁵⁰ International Labour Office, *Women and men in the informal economy: A statistical picture*, Third edition, ILO, Ginebra, 2018.

⁵¹ Fernando Fita Ortega, ob.cit.

⁵² Pablo Arellano Ortiz, “Teorías sobre regulación y protección del derecho del trabajo. Aportes a un debate en desarrollo”, *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo OIT*, en Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena (Directores Académicos) y Luis Alberto Torres Tarazona (Director de Publicación), Universidad Libre - Universidad Católica Andrés Bello - Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela), 2020 (en imprenta).

⁵³ John Howe, “Labour regulation now and in the future: Current trends and emerging themes”, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 59 (2) 209–224, 2017.

INDICIOS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y EMPRESA DIGITAL*

César Augusto Carballo Mena**

I

*La memoria es un juego bifronte: por un lado hacia más y por otro hacia menos.
En ambos casos, los arietes son el recuerdo, el olvido y la imaginación*
Roberto Juarroz, *Casi razón* (83)

Cuando despertemos del embeleso por la empresa digital, el dinosaurio de la subordinación todavía estará allí.

II

Recordar el contrafilelo de las cosas | evocar cómo era lo que es | cuando no era
Roberto Juarroz, *Trípticos verticales* (I-1)

El Derecho del Trabajo se forjó en torno al imperativo de tutela del trabajador de la revolución industrial,¹ es decir, aquel prestador de servicios personales sometido a rígidas coordenadas de tiempo y espacio impuestas por el titular de la empresa con el objeto de garantizar el eficaz ejercicio de sus poderes de dirección, vigilancia y disciplina.

* 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.

** Profesor-investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social, y Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Bogotá). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). carballomena@gmail.com | @carballocesar.

¹ “El Derecho del Trabajo es, desde luego, una categoría cultural fruto del sistema capitalista industrial” Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa (2000): *Derecho del Trabajo*. 8ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, p. 59.

Es ese estado de sumisión lo que –universalmente² expresan las voces *subordinación*³ o *dependencia*⁴ como presupuestos o rasgos arquetípicos de la relación de trabajo.

Sin embargo, la funcionalidad de tales presupuestos ha sido cuestionada –una vez más⁵ a propósito del influjo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación sobre la organización empresarial. Éstas facilitan una suerte de descontextualización del trabajo, toda vez que tienden a extirpar los centros de trabajo –y, por tanto, horarios y puestos de trabajo– y a desvanecer los contornos de la actividad empresarial misma. Así, al trabajador, conectado a través de redes telemáticas podría resultarle no poco complejo determinar si presta servicios bajo régimen de autonomía o de subordinación, y en este último supuesto, quién es su empleador, quiénes sus compañeros de trabajo, cuál el objeto de la actividad productiva en cuyo ámbito se inserta, y quiénes los clientes o usuarios finales.

En consecuencia, más que la inutilidad o eficacia marginal de la *subordinación* como presupuesto esencial de la relación de trabajo, lo que la empresa digital ha puesto de relieve es el imperativo lógico de aprehender sus específicos indicadores –más allá de horario, puesto de trabajo y control directo–, a los fines de vertebrar un método idóneo de reconocimiento de la existencia –en dicho entorno– de la relación de trabajo y estrechar así la franja penumbrosa que se proyecta sobre la movediza frontera entre subordinación y autonomía.

² Su universalidad quedó de manifiesto con la mención contenida en el párrafo 12 de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006): “...los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia”.

³ Por ejemplo, Arts. 23 del Código Sustantivo de Trabajo (Colombia), 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).

⁴ Por ejemplo, Arts. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (Argentina), 7 del Código del Trabajo (Chile), 23 del Código Sustantivo de Trabajo (Colombia), 8 del Código del Trabajo (Ecuador), 17 del Código de Trabajo (El Salvador), 55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Venezuela).

⁵ Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez, “Crítica de la subordinación”, *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Patricia Kurczyn y Carlos Puig (coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 276-280.

III

*Reconquistar el olvidado balbuceo | que hacía juego en el origen con las cosas
y dejar que los pedazos se peguen después solos,
| como se sueldan los huesos y las ruinas*
Roberto Juarroz, *Undécima poesía vertical (I-4)*

Los indicadores de la relación de trabajo refieren a datos fácticos que arquetípicamente exhibe dicho vínculo jurídico. Su aplicación a una concreta modalidad de prestación de servicios bajo escrutinio –método que se suele calificar como test de laboralidad o técnica del haz de indicios– permite al juzgador pronunciarse indiciariamente acerca de su naturaleza jurídica.

Los catálogos de indicadores de la relación de trabajo pueden ser hilvanados por leyes,⁶ jurisprudencia,⁷ concertación social,⁸ políticas corporativas,⁹ o doctrina.

⁶ La Sección 200A de la Ley de Relaciones Laborales de Sudáfrica (2002) prevé un cúmulo de indicadores de la relación de trabajo, cada uno de los cuales, debidamente acreditado, haría presumir la existencia de dicho vínculo jurídico: “a) Su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona; b) Sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona; c) En caso de trabajar para una organización, forma parte de ésta; d) Ha trabajado para otra persona, en promedio, no menos de cuarenta (40) horas mensuales en los últimos tres (3) meses; e) Es económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja; f) La otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio; y/o g) Trabaja o presta servicios a una sola persona”.

⁷ En Suecia: “el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo; en la práctica realiza el trabajo él mismo; su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras; la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad; el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo de trabajo; los medios de trabajo son aportados por la otra parte; los gastos profesionales están a cargo de la otra parte; el trabajo es remunerado; [y] el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado”. Casas *et al*, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Alain Supiot (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 49 y 50.

En Venezuela: “forma de determinar el trabajo [...]; tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo [...]; forma de efectuarse el pago [...]; trabajo personal, supervisión y control disciplinario [...]; inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinarias [...]; 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; la naturaleza jurídica del pretendido patrono [...]; de tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza

Por su universalidad resulta relevante referir, en particular, al elenco de indicadores de existencia de la relación de trabajo contemplado en el párrafo 13 de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006):

Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan

retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc. [...]; propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio [...]; la naturaleza y *quantum* de la contraprestación recibida por el servicio [...]; aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena”. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 489 de 13 agosto de 2002.

⁸ Irlanda: *Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: Code of Practice for determining employment or self-employment status of individuals*, Dublin (Irlanda), julio de 2001, actualizado en 2007: “bajo el control de otra persona a la que incumbe dar órdenes acerca de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo el trabajo; aporta sólo su trabajo; percibe una retribución fija, determinada por hora, semana o mes; no puede subcontratar el trabajo (cuando el trabajo pueda ser objeto de una subcontratación y sea remunerado por la persona que lo haya subcontratado, la relación entre empleador y trabajador puede ser transferida sin más); no aporta los materiales para realizar el trabajo; no aporta otras herramientas y equipos, más que los útiles de su propio oficio (pero cabe observar que el suministro de herramientas y equipo no es necesariamente por sí mismo un indicio suficiente acerca de la relación de trabajo del interesado; hay que tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso); no se expone personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo; no asume ninguna responsabilidad por concepto de inversiones o gestión del negocio; carece de oportunidades para beneficiarse pecuniariamente de la correcta gestión y programación de los trabajos encargados al contratante o de la ejecución de las labores abarcadas por tales trabajos; trabaja conforme al horario que se haya establecido o con arreglo a determinado número de horas por semana o por mes; trabaja al servicio de una persona o de un negocio; se le pagan los gastos incurridos por concepto de subsistencia, o transporte, o ambos a la vez; [y] tiene derecho al pago de horas extraordinarias o a la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto”. Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre el ámbito de la relación de trabajo*, OIT, Ginebra, 2003, pp. 65-67.

⁹ Test de la *Unie van Zelfstandige Ondernemers* (UNIZO), organización que representa pequeñas empresas y trabajadores autónomos en Bélgica y ofrece criterios ponderados para la evaluación del grado de autonomía en la ejecución de los servicios: participación sustancial en los beneficios (13 pts.); inversiones profesionales significativas (13 puntos); responsabilidad y autoridad para decidir si mantener la compañía rentable mediante inversión en capital de equipo (13 puntos); ingreso variable sin ingreso mínimo garantizado (9 puntos); posibilidad de trabajar con varios clientes (9 puntos); presentarse a una tercera parte como una compañía (9 puntos); tener infraestructura y equipos propios (4 puntos); no estar sujeto a control/sanciones (4 puntos); libertad para comprar o fijar precios (4 puntos); organiza el propio tiempo de trabajo (9 puntos); posibilidad real de reclutar a su propio personal (9 puntos); y posibilidad de ser contratado como autónomo (4 puntos). Arturo Bronstein, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*, Oficina Internacional del Trabajo - Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010, pp. 59 y 60.

determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

- a) *El hecho de que el trabajo*: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; y
- b) *El hecho de que se paga* una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador;¹⁰ 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.

Atendiendo al *principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*,¹¹ invocado en el párrafo 9¹² de la Recomendación que se comenta, el catálogo antes transcrito contempla un cúmulo de

¹⁰ 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.

¹¹ Consagrado, por ejemplo, en las Constituciones republicanas de Bolivia (Art. 48.II.- “primacía de la relación laboral”), Colombia (Art. 53.- “...primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”) y Venezuela (Art. 89.1.- “...En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias”).

¹² “[L]a 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 sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”.

hechos o datos fácticos, meramente enunciativos¹³ (“*Entre esos indicios podrían figurar los siguientes...*”) y estructurados en torno a dos bloques,¹⁴ referentes –respectivamente– al *modo de prestación del servicio* (“El hecho de que el trabajo [se ejecuta bajo alguna de las siguientes circunstancias]...”) y a las *prestaciones* causadas (“El hecho de que [el trabajo] se paga [bajo alguna de las siguientes condiciones]...”).

Una vez aplicado el test de laboralidad corresponderá ponderar el cúmulo de indicios recabados a los fines de deducir, según su gravedad, concordancia y convergencia, la naturaleza jurídica del vínculo analizado.

IV

...para hallar algo, | hay que buscar lo que no es

Roberto Juarroz, *Duodécima poesía vertical* (15)

El método tipológico que entraña la aplicación de un catálogo de indicadores al servicio personal cuya naturaleza jurídica se debate, ha merecido críticas por virtud de su excesiva complejidad, la consecuente impredecibilidad del dictamen de la autoridad competente y –por tanto– la afectación de la seguridad jurídica de los actores involucrados, y la facilitación de prácticas de simulación mediante la organización del trabajo en torno a ciertos –y convenientes– indicadores de autonomía.¹⁵

¹³ Por tanto, cabría incorporar indicadores no expresamente previstos, dependiendo de la particular percepción de los rasgos prototípicos de la relación de trabajo que impere en la órbita de cada ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la jurisprudencia de Suecia, Corea del Sur y Venezuela incluyen la *equivalencia de la remuneración respecto de trabajadores asalariados en ejecución de labores análogas*; el Código de Seguridad Social de Alemania prevé entre los indicadores presuntivos de la naturaleza laboral del vínculo escrutado, “*haber ejecutado ese mismo trabajo anteriormente en calidad de empleado*”; la jurisprudencia de los Países Bajos refiere al otorgamiento de *permisos por ausencia*; el Código de Práctica de Irlanda incorpora el *pago de horas extraordinarias o la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto*; la jurisprudencia de Canadá alude a la *formación conferida al prestador de servicios*; y el Código de Buena Práctica de Sudáfrica consagra la extinción del vínculo jurídico como consecuencia de la muerte del prestador de servicios.

¹⁴ Esta clasificación aparece evocada en el párrafo 9 de la misma Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006), conforme al cual “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*”.

¹⁵ Sentencia de 30 de abril de 2018, N° S222-732, dictada por la Corte Suprema de California, EE.UU. (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*),

Estas críticas condujeron –por ejemplo– a la Corte Suprema del estado de California, EE.UU., en su sentencia *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*,¹⁶ a sustituir –por lo menos en lo que respecta al régimen salarial–¹⁷ el test de laboralidad o test de control por una especie de test de autonomía –denominado test ABC–,¹⁸ caracterizado por la presunción de relación de trabajo entre el prestador personal del servicio y quien lo tolera, permite o recibe, y la consecuente carga de éste de desvirtuarla mediante la prueba de tres elementos concurrentes:

- 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 dependientes;
- Independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, reconociéndose 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 que de un típico contratista independiente;¹⁹ y

pp. 62-64. Recuperado de: <https://cases.justia.com/california/supreme-court/2018-s222732.pdf?ts=1525107724>.

¹⁶ Ver nota anterior.

¹⁷ En *Garcia v. Border Transportation Group, LLC* (22 de octubre de 2018), la Corte de Apelaciones de California (4º 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 provisiones del Código de Trabajo.

¹⁸ Ver, César Augusto Carballo Mena, “Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies, Inc. y Dynamex Operations West, Inc.”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 28, enero-junio 2019, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, pp. 6, 17-19 y 21-24. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/articulo/view/13142>.

¹⁹ Con el ánimo de ilustrar el alcance del criterio expuesto, en *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County* (p. 70) 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

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

La aplicación del test ABC –en lugar del test de laboralidad– tiende a dilatar significativamente el ámbito de la relación de trabajo por virtud de la severa carga que soporta el presunto patrono de probar los atributos que evidencien la plena y efectiva autonomía del prestador de servicios personales.

V

*La confusión es la prueba
a la cual se somete la armonía
para que el hombre pueda
descubrirla al menos por ausencia,
ya que no sabe asirla en su presencia*

Roberto Juarroz, *Undécima poesía vertical* (II-9)

Con el objeto de repasar la técnica del test de laboralidad ensayaré –sumariamente– su aplicación en la esfera del emblemático conflicto –de allí su selección–²⁰ planteado a propósito de la naturaleza jurídica del vínculo trabado entre *Uber Technologies Inc. (Uber)* y quien preste servicios de transporte a través de la plataforma tecnológica que dicha sociedad explota.²¹

En términos generales, el vínculo cuya naturaleza jurídica se escruta responde a los siguientes rasgos: *Uber* provee una aplicación

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 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 fuesen prestados como si se tratase de trabajadores.

²⁰ Sin embargo, cabe advertir que resulta común calificar contractualmente como *trabajadores independientes* o *contratistas independientes* a quienes prestan servicios mediante plataformas tecnológicas. Ver, Janine Berg *et al*, ob.cit., pp. 114 y 115.

²¹ A propósito del análisis de la naturaleza jurídica de dicho vínculo en Alemania, Brasil, España, Estados Unidos de América y Francia, ver *Uber y conductores. Legislación comparada sobre relación laboral*. Informe redactado por la Asesoría Técnica Parlamentaria del Congreso Nacional de Chile (octubre, 2018). Recuperado de: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25909/1/BCN_Uber_laboral_ actualizado_PA_CW_GW_2_.pdf.

tecnológica para teléfonos móviles²² que permite conectar al público con los conductores incorporados al sistema, calificados contractualmente como *proveedores independientes de servicios de transporte*. Éstos –dentro del horario y ámbito geográfico que libremente escojan– pueden aceptar o rechazar los diversos requerimientos de servicio que reciban a través de la plataforma. En ningún caso, podrán hacerse sustituir por terceros sin la previa autorización de *Uber*, toda vez que el contrato reviste carácter *intuitu personae*. Los vehículos utilizados deben ser aportados por los conductores y previamente aprobados por *Uber*. Los gastos de mantenimiento y funcionamiento de dichos vehículos serán soportados exclusivamente por los respectivos conductores. Aunque *Uber* no impone un número mínimo de servicios a cada conductor, el acceso a la aplicación expira automáticamente si transcurriese un cierto lapso²³ sin la prestación de dichos servicios.²⁴ *Uber* advierte a usuarios y conductores que resulta impropio el pago de propinas.²⁵ El usuario –generalmente– paga el importe del servicio a *Uber* y ésta, una vez apropiada la cuota que le corresponda percibir como contraprestación por la plataforma tecnológica facilitada, transfiere el resto al respectivo conductor, según tarifa y cronograma de pago previamente acordados. Por último, *Uber* aplica procesos de control de calidad a usuarios y conductores.²⁶

²² Si algún conductor careciese de teléfono móvil compatible con dicha aplicación, el mismo sería provisto por *Uber*, previo depósito en garantía o pago del canon de arrendamiento.

²³ Ciento ochenta (180) días, según se hace constar en *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (16 de junio de 2015), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco, California, EE.UU. (Caso CGC-15-546378).

²⁴ En este supuesto, el proveedor independiente de servicios de transporte podría tramitar la reactivación de la aplicación ofrecida por *Uber*.

²⁵ Esta misma circunstancia aparece referida (párr. 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.

²⁶ “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” (Corte Superior del Condado de San Francisco, California, EE.UU., caso CGC-15-546378, *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*, 16 de junio de 2015, pp. 5 y 6).

Como se observa, se trata de un típico supuesto de ambigüedad objetiva, donde coexisten *–prima facie–* rasgos de autonomía y de subordinación:

- Entre los primeros destacan la ausencia de horario o lugar de trabajo, la opción de rechazar los requerimientos de servicios, el aporte del teléfono móvil y del vehículo –cuyos costos de uso y mantenimiento soporta el conductor–, y la inexistencia del deber de prestar servicios exclusivos para *Uber*; y
- Entre los segundos conviene reseñar el carácter *intuitio personae* de las obligaciones asumidas por los conductores (lo cual que garantiza la seguridad personal ofrecida a la clientela), la aportación –como instrumento fundamental del servicio– de la aplicación tecnológica, la fijación unilateral de precios, el registro de ingreso de conductores y vehículos al sistema, la sanción por incumplimientos o desconexión prolongada, el control de calidad del servicio, y –a manera de síntesis– la integración en empresa ajena (nombre, imagen y reputación empresarial, diseño de plataforma tecnológica, coordinación de servicios en condiciones de seguridad y eficiencia máximas, garantía de vehículos en buen estado, contacto directo con clientela, garantía de la calidad del servicio, fijación de precios, etc.).

A los fines de ponderar los indicios recabados, conviene advertir –como dictaminó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁷ que *Uber* organiza una empresa de servicios de transporte²⁸ mediante

²⁷ Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (caso C-434/15): “el servicio de intermediación de *Uber* [...] 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 mías).

²⁸ En este sentido, la Corte del Distrito Norte de California, EE.UU., en *Douglas O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.* (11 de marzo de 2015), destacó pedagógicamente que el *software* diseñado por *Uber* para conectar a los conductores con los pasajeros 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

plataforma tecnológica²⁹ que le permite intermediar entre los usuarios y una pluralidad de conductores conectados en línea.

En consecuencia, los conductores se integran en empresa ajena, es decir, en la órbita de las actividades productivas organizadas y dirigidas por *Uber*, a través de la imagen, reputación y tecnología que a estos fines provee, ofreciendo a su clientela *servicios eficientes* (atención inmediata y rutas ideales), *de calidad* (de un lado, conductores y vehículos cumplen con ciertas condiciones impuestas por *Uber* para ingresar al sistema, y del otro, los clientes pueden evaluar el desempeño de aquéllos mediante encuestas de satisfacción diseñadas, remitidas y evaluadas por *Uber*), *seguros* (las señas de identidad del conductor y el vehículo son previamente compartidas con los clientes), y *de bajo costo* (siendo que los precios del servicio son fijados por *Uber*).

De otra parte, es de destacar que la referida tecnología hace irrelevante –incluso más, inconveniente– la fijación de horarios y zonas estáticas de prestación de servicios. Asimismo, la disponibilidad plural y difusa de los conductores asociados al sistema reduce sensiblemente el influjo de los indicios relativos a la ausencia del deber de exclusividad, el derecho a libre desconexión (que en caso de prolongarse excesivamente podría acarrear la exclusión del sistema), y la opción de rechazar requerimientos de servicio (cuya frecuencia podría afectar la calificación del conductor y, por tanto, reducir sus opciones de escoger preferentemente futuros requerimientos de servicio).

son, por ejemplo, *Yellow Cab* solo porque use radios CB para despachar taxis, *John Deere* porque use computadoras y robots para fabricar cortacéspedes, o *Domino Sugar* porque use modernas técnicas de riego para cultivar su caña de azúcar.

²⁹ Obviamente si se descontextualizan los hechos indiciarios y se asume –equivocamente– que *Uber* organiza una empresa tecnológica que pone a disposición de los conductores una plataforma para que éstos ejecuten servicios, se tenderá a declarar el carácter autónomo de éstos. En este sentido, el Juzgado de lo Social 39 de Madrid, en resolución 284/2018 de 3 de septiembre de 2018 (caso *Glovo*), califica a la accionada como “compañía tecnológica”, siendo que el prestador de servicios aportaba su moto y celular. Por tanto, “no consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa interna de la Empresa, que sólo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los ‘recados’ (APP) siguiendo un programa informático que busca minimizar la suma de costes, notas que son compatibles con la prestación de trabajo en régimen de autónomo TRADE, pudiendo el cliente proporcionar ciertas indicaciones técnicas al profesional contratado y señalar el precio de los servicios.”

Finalmente, el hecho de que el conductor aporte el vehículo –soprotando además los gastos asociados a su mantenimiento y funcionamiento– y el teléfono móvil, como herramientas o instrumentos de trabajo, reviste una importancia marginal si se contrasta con los elementos empresariales provistos por *Uber*, es decir, imagen, reputación y –sobre todo– plataforma tecnológica.

En conclusión, cabría sostener la naturaleza laboral del vínculo analizado habida cuenta la gravedad, concordancia y convergencia de los indicios que perfilan la existencia de una empresa de transporte organizada, dirigida y disciplinada mediante plataforma tecnológica por *Uber*, en cuyo ámbito se integra el conductor –sometido a una especie de *subordinación estructural*–³⁰ para prestar servicios a los clientes de aquella a cambio del precio que también ésta fija unilateralmente.³¹

VI

También la palabra tiene una mirada

Roberto Juarroz, *Casi poesía* (55)

El lenguaje técnico suele percibirse –no sin razón– neutro, monocorde, desangelado. Quizá por ello –a veces– convenga explorar otras palabras.

En este sentido, Fernando Vallejo, el polémico autor colombiano, publicó recientemente:

Por obra y gracia de San Uber, patrono de alquimistas y prestidigitadores, los taxistas son especie en extinción. Los que no se han muerto de hambre están a punto de morir de pura berraquera. El transporte en las principales urbes de este pestilente y sobrepoblado planeta de monos

³⁰ 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 de 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.*

³¹ “La mayoría de los trabajadores de plataformas están obligados a “aceptar” que son trabajadores independientes o “contratistas independientes” y no empleados. Pero algunas plataformas controlan cuándo y dónde trabajan, los castigan cuando rechazan trabajos, y fijan precios y normas de calidad no negociables. Los trabajadores de estas plataformas, en la práctica, pueden ser empleados de ellas [...] Este primer criterio puede, en muchos aspectos, ser el más importante y urgente.” Janine Berg *et al.*, *ob.cit.*, p 115.

parlanchines y carnívoros es ahora prestado por exitosos emprendedores con corbata, vehículo y teléfono propios, conectados, como enjambre de Pavlov, a una ubre tecnológica que ofrece saciarles el hambre siempre que respondan oportuna y servilmente al llamado del deber. En medio de la densa baba de jueces, burócratas y jurisconsultos, el mentado santito y sus acólitos, prominentes cagatintas y mejores cultores del eufemismo, transfiguran, para gloria del Altísimo, a míseros taxistas asalariados en achispados empresarios del siglo XXI. ¡Milagro!³²

No le falta razón al maestro. Demasiada jerigonza y fuegos de artificios. ¿En qué fatua hoguera ardió el sentido común? ¿Empresarios –émulos de Jeff Bezos– que pedalean por la ciudad, con una mochila a la espalda, exhibiendo colores y logotipos que identifican empresas ajenas? ¿Empresarios dueños de su tiempo, de su vehículo, y de su teléfono móvil, pero incapaces de fijar precios, de hacerse de clientela, o de trazar estrategias para incrementar sus ganancias? ¿Qué espejismo nos ganó la partida? ¿El sacrosanto principio de primacía de la realidad sobre las formas hecho –como San Sebastian– alfiletero por puntiagudas e innumerables palabrejas?³³

Se expía la indolencia colectiva cantando a coro que son autónomos porque “no tienen horario, ni puesto de trabajo, ni supervisión directa”. ¡Por supuesto! No tienen horario, ni puesto, ni supervisión directa porque la empresa donde se desenvuelven se articula en torno a aplicaciones tecnológicas que prescinden de centros de trabajo. De este modo, la clásica disponibilidad del trabajador individual deviene sustituida –gracias a la tecnología de nuevo cuño– por una especie de disponibilidad plural y difusa de trabajadores conectados en red, atentos –cuanto puedan y requieran– a ejecutar la actividad que el dueño de

³² Obviamente este párrafo no fue escrito por Fernando Vallejo. Su poco lustre y errática construcción lo evidencian sobradamente. Se trata solo de un recurso para reiterar –con otra mirada– lo ya dicho.

³³ En *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd. (Case Nos 2202551/2015 & Others)*, dictada el 12 de octubre de 2016 por el Tribunal Laboral de Londres - Subregión Central (Reino Unido), se inserta –satíricamente– una cita de *Hamlet* (William Shakespeare), *Me parece que la dama promete demasiado* (*The lady doth protest too much, methinks*), para poner al descubierto la sobreabundante jerigonza de las sociedades accionadas describiendo el vínculo comercial trabado con los conductores (accionantes) y sus pasajeros.

la plataforma ofrece a su clientela. Una densa fila –digital– de trabajadores, ordenados por rígidos algoritmos, aguardando para transportar personas o bienes –o ejecutar cualquier otra actividad– por el precio y en las condiciones que otro establezca, dentro del perímetro de la empresa que –éste– organiza, dirige y sanciona.

VII

...cada palabra o signo | debe volver a nacer constantemente en otra parte

Roberto Juarroz, *Décima poesía vertical* (2)

¿Qué velo cubre los ojos de la disciplina jurídica que brindó tutela al trabajador domiciliario,³⁴ inserto en “empresa dispersa”, libre de horarios y puesto de trabajo, proveedor de herramientas y –en muchos casos– materia prima, y –sobre todo– ajeno al control directo de un tercero?³⁵ El trabajador a domicilio –como el trabajador mediante plataformas tecnológicas– se integra en empresa ajena, produce para otro, en los términos y condiciones que éste determine, sin contacto con la clientela, extraño a las medidas o estrategias de mercado que influyen sobre el precio de los bienes³⁶ o servicios, sometido –en definitiva– a una nítida subordinación estructural.³⁷

Y es que el control directo sobre el modo de ejecución del servicio no constituye requisito insoslayable de la relación de trabajo. Se trata de la manifestación inequívoca –pero no exclusiva– de la subordinación.

³⁴ “Se trata de una prestación con cierto grado de autonomía, pero cuyo fruto no es colocado directamente en el mercado por quien lo realiza, a diferencia del artesano. Además, la actividad que se despliega reconoce un tenue grado de dirección, más o menos indirecta, por parte del intermediario o del empresario, según los casos. La oferta de los bienes producidos corre por cuenta de este último”.

³⁵ Armando Rocha *et al*, “Estatutos especiales. Trabajo a domicilio”, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 6, Antonio Vázquez Vialard (director), Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 1010.

³⁶ “[E]l dueño de la negociación es quien contribuye a provocar el alza o la baja de los precios, asunto en el que no participa el trabajador a domicilio”. Mario de la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, 4ª edición, reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1959, pp. 866 y 867.

³⁷ “La eventualidad del trabajo en plataformas digitales junto con la desagregación de tareas grandes en piezas más pequeñas no parece tan diferente de las modalidades laborales temporales que aún existen en la industria textil y de ropa, ya sea en talleres clandestinos o en el hogar del trabajador...” Janine Berg *et al*, *ob.cit.*, p. 7.

Es el caso de los cosechadores de hortalizas que prestaban servicios sin control directo del beneficiario, retribuidos según el resultado, y contractualmente al margen de una relación de trabajo, quienes –sin embargo– fueron declarados³⁸ sujetos de relación de trabajo, toda vez que el accionado controlaba 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), los servicios personales no requerían particulares destrezas y, por tanto, solo podían ejecutarse correctamente de una única manera, resultando innecesaria la supervisión y disciplina directas, y los cosechadores solo aportaban su trabajo personal, careciendo de iniciativas empresariales que pudiesen influir sobre sus eventuales ganancias o pérdidas económicas. Sin duda podría decirse lo mismo del transporte de personas y bienes mediante plataformas tecnológicas.

VIII

*Llaman a la puerta pero los golpes suenan al revés,
como si alguien golpeara desde adentro*

Roberto Juarroz, *Undécima poesía vertical (I-25)*

Quizá, frente al vértigo –y sin perjuicio de la reglamentación de los límites patronales en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación aplicadas al trabajo– convendría tornar la vista atrás, hacia los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, generalmente silenciados bajo el peso –y el estruendo tumultuario– de abundantísimas reglas legales y sub-legales.

Invoco el síndrome –virtuoso– de la mujer de Lot:³⁹ mirar atrás para evitar, en este caso, la mineralización de la disciplina. Los principios protectorio y de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, que suelen hacer parte de los bloques de constitucionalidad, garantizan el re-enfoque de las nuevas realidades para aprehender las

³⁸ Corte Suprema del Edo. de California, *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (23 de marzo de 1989).

³⁹ Génesis, 19:26.

manifestaciones, quizá más sofisticadas y también eficaces, de sumisión del trabajador a los poderes de dirección del titular o los titulares de la organización productiva, independientemente de las formas y nomenclaturas en boga.⁴⁰

IX

Toda palabra arrastra el encuentro que la hizo nacer

Roberto Juarroz, *Casi razón* (66)

¿Qué tienen en común la empresa arquetípica de la primera y segunda revolución industrial —centralizada, jerarquizada, asfixiante, mecanizada y monótona— con la empresa desconcentrada, aplanada, vivificante, flexible y creativa que nos brindan —o prometen— las nuevas tecnologías de la información y la comunicación? Pues que si son empresas, aquélla y ésta, entrañan la combinación consciente de factores productivos para alcanzar un determinado resultado estimado valioso.

De modo que aquel que ostente el poder de organización del referido ensamblaje habrá de reputarse —*prima facie* y salvo robusta prueba en contrario—⁴¹ empleador de quienes —en dicho ámbito— presten servicios personales.

X

Palabras rotas | Juntaremos sus fragmentos...

Roberto Juarroz, *Decimocuarta poesía vertical* (50)

Parafraseando el micro cuento de Augusto Monterroso, *El dinosaurio*,⁴² *cuando despertemos del embeleso por la empresa digital, el dinosaurio de la subordinación todavía estará allí.*

⁴⁰ Así, por ejemplo, en sentencia de 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 Tecnologia Ltda.*, fue reconocido el vínculo laboral entre las partes, toda vez que las plataformas tecnológicas pueden servir como instrumentos idóneos para el ejercicio pleno y eficaz de los arquetípicos poderes patronales de control y disciplina sobre la ejecución del servicio ajeno.

⁴¹ En los términos exigidos, por ejemplo, en el test ABC (EE.UU.). Ver, César Augusto Carballo Mena, “Vestigios del trabajo dependiente...”, ob.cit., pp. 6, 17-19 y 21-24.

⁴² “*Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí*”.

LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO PARA EL FUTURO DE LAS RELACIONES LABORALES

Jair De Freitas De Jesús*

SUMARIO

Introducción. I. Algunas notas sobre el ADN del Derecho Laboral. 1. Consideraciones sobre su origen. 2. La autonomía. 3. El valor de los principios en la disciplina. II. Relaciones laborales: tiempo presente y perspectivas. 1. Problemas actuales: un inventario no exhaustivo. 2. El impacto de las Tics en la transformación del trabajo. 3. Brechas entre la realidad y su regulación. III. La importancia de los principios del Derecho del Trabajo para el futuro de las relaciones laborales. 1. Como brújula orientadora. 2. La necesidad de redimensionamiento. 3. La necesidad reinterpretativa.

Introducción

El presente ensayo tiene por objeto ensalzar la importancia de los principios del Derecho Laboral en la futura regulación del trabajo. A tales fines, se estructuró el contenido del mismo partiendo del ADN de esta rama jurídica, para abordar luego las características esenciales de las relaciones laborales tanto en tiempo presente como en perspectiva futura; y, habida cuenta lo anterior, proponer un redimensionamiento y reinterpretación cualitativa de sus principios, de tal suerte que actúen como brújula orientadora de cara a la necesaria instrumentación jurídica tuitiva.

Tal cometido requiere, *prima facie*, de una muy apretada síntesis de las principales consideraciones en torno al origen del Derecho del Trabajo, la importancia de su carácter autónomo y el valor de sus principios, luego de lo cual se desplegará una suerte de inventario –no exhaustivo– de los problemas de mayor relevancia actual en el ámbito de

* Licenciado en Relaciones Industriales (UCAB), abogado *Cum Laude* (UCAB), Especialista en Derecho del Trabajo *Summa Cum Laude* (UCAB), con estudios de doctorado en la UCV. Profesor de Pre y Postgrado de Derecho del Trabajo en la UCAB.

las relaciones laborales, reflexiones sobre el impacto que han tenido las tecnologías de información y comunicación (tics) así como también la identificación de las brechas entre la realidad y su regulación.

Un tercer capítulo da cuenta del epicentro temático del ensayo; a saber: *la importancia de los principios del Derecho del Trabajo para el futuro de las relaciones laborales*, planteamiento que parte de una premisa que quien suscribe ha sostenido de hace tiempo: los factores que dieron origen a esta rama jurídica, no son los mismos que actualmente justifican su existencia. La dinamicidad evolutiva en el ámbito de las relaciones de trabajo, exige una continua modificación de su instrumentación.

Hoy el epicentro no es la ausencia de tutela de cara a la cuestión social, sino más bien lo ineficaz de la existente ante las nuevas formas de prestación de servicios. ¿A quién resguardar? ¿Frente a qué proteger? ¿Cuál es el grado idóneo de auxilio al *hiposuficiente*? ¿Con qué finalidad? Esas, son parte de las interrogantes que se posicionan ante un Derecho del Trabajo retado en tiempo y circunstancias, cuyos principios están llamados a acudir como brújula orientadora.

Más esos principios requieren un redimensionamiento. Es imperativo someterlos a una nueva y audaz interpretación revitalizadora, compatible con sus raíces, con sus fines; y mucho más importante aun: con nuevas realidades y perspectivas futuras repletas de potenciales conflictos, cuya atención amerita instrumentación quirúrgica de esas que no admiten desatinos. Sobre ello va el presente ensayo.

I. Algunas notas sobre el ADN del Derecho Laboral

Es pertinente comenzar por el código genético de nuestra disciplina en un enfoque avanzado, esto es, donde más que un esfuerzo descriptivo típico de un manual de Derecho del Trabajo, se trata de partir de esos elementos de común aceptación e invocarlos como premisas ciertas, o mejor, a título de cimientos de un entramado normativo con ocasión del trabajo.

En criterio de quien suscribe, allí está la esencia, lo fundamental para el nuevo andamiaje jurídico por construir. Por esa razón, el presente capítulo se estructura de tres partes; a saber: las consideraciones

sobre el origen del Derecho Laboral, el carácter autónomo; y el valor de los principios en la disciplina. Veamos.

1. Consideraciones sobre su origen

La regulación del trabajo en la historia siempre ha estado íntimamente ligada al esquema del proceso productivo. En una situación previa a la *industrialización*, se manifiestan ya formas asociativas incipientes, no obstante que ese vínculo jurídico entre las partes se rige, en muy apretada síntesis, por el principio de la autonomía de la voluntad. Este hecho, conjugado con una escasa o inexistente intervención del Estado en el ámbito de las relaciones laborales, no permite referir propiamente de un “Derecho del Trabajo”. Se trata pues de antecedentes que la doctrina aborda con mayor o menor precisión (atendiendo a períodos históricos, menciones al contrato de locación de servicios, etc.) y que por supuesto no son el punto focal del acápite que nos rige.

El epicentro está en la transformación del proceso productivo derivado de la *industrialización* y sus consecuencias, esas de las que se desgajan diversas características que de forma radical desplazaron la estructura de talleres, maestros y aprendices por un modo de producción con mayor criterio científico de organización y división del trabajo, lo que trajo consigo la aparición de un nuevo actor presto a insertarse en un proceso productivo que le es ajeno, dispuesto a vender su fuerza de trabajo a cambio de un jornal. Un intercambio de trabajo por salario regido por el liberalismo económico bajo el axioma de la oferta y la demanda (al menos desde la óptica del trabajo-mercancía).

Un propietario de los medios de producción que organiza su proceso y oferta algunos puestos de trabajo en medio de una transformación en la cual la máquina desplaza con eficiencia la producción artesanal poniendo en jaque a la mano de obra (especialmente la no calificada) por una parte; y por la otra, un nuevo actor (trabajador) con severas limitaciones y muy escaso cuando no inexistente poder de negociación en una circunstancia práctica que estuvo a milímetros de reducir el antecedente del contrato de trabajo a un simple contrato de adhesión.

El desmedido ejercicio de la libertad económica marcado por la ausencia prácticamente total de límites (de edad, duración de jornada,

condiciones de prestación de servicios a todas luces nocivas e insalubres, carentes de medidas de protección especialmente a las llamadas *medias fuerzas*, entre muchos otros) se combinaba con salarios de subsistencia, lo que a la sazón de otros factores se bautizó como la *cuestión social*, circunstancia que –marcada de presiones y existencias– devino en el rol interventor-regulador del Estado bajo un enfoque tutelar en esa noción que aun hoy no resulta nada sencilla de aprehender; a saber: *el Estado Social*.

Así las cosas, comienza una primitiva codificación, muy poco estructurada, aislada y sin la robustez que exhibirá *a posteriori*. Pero ese entramado normativo incipiente despliega *ab initio* una orientación tutelar en nombre de la cual se fijan mínimos indisponibles en favor del débil económico de la relación laboral. Ese hecho de por sí, constituye un elemento diferenciador de otras ramas jurídicas y compone uno de los elementos que marcarán su autonomía.

Desde luego no es un asunto exclusivamente jurídico. Es, en primer lugar, como he sostenido previamente, una suerte de primer mecanismo de defensa del Estado frente la fuerte presión colectiva derivada de las secuelas de la transformación del proceso productivo (*industrialización*) que tenía el propósito originario de aliviar el conflicto entre capital y trabajo, pero cuyo desarrollo va tomando cuerpo en la medida que la ideología fertiliza dando paso a la transformación del rol del Estado.

Se debate en la doctrina tradicional la influencia de las distintas “ideologías sociales” en torno al Derecho del Trabajo (un tema cuyo análisis exhaustivo por supuesto que excede la pretensión del presente ensayo). Desde luego hay una concepción ideológica detrás de los fines del Estado y; por lo tanto, la materialización de sus actos en la realización de la política social y dentro de ella la política laboral. En criterio de quien suscribe, el Derecho Laboral se nutrió un poco de cada una de ellas, muy especialmente de la Doctrina Social de la Iglesia plasmada en distintas encíclicas papales con verdadero sentido orientador frente a la *cuestión social*.

Cobra cuerpo así el Derecho Laboral que vivirá su esplendor durante buena parte del siglo XX, presentando un desarrollo sistemático, con normas que alcanzan tempranamente el rango constitucional y que van patentando conquistas de forma robusta y vigorosa (fuerza expansiva

en términos del maestro De la Cueva) con soportes sólidos en buena parte derivados de los principios. Se trata pues de una rama jurídica de origen autónomo que cuenta con fuentes y métodos de interpretación propios como se precisa en el siguiente acápite.

2. La autonomía

Resulta obvio entender en esta instancia que el Derecho Civil no es idóneo para la instrumentación de las relaciones jurídicas con ocasión del trabajo, por lo que, teniendo un objeto propio y a la sazón de la originalidad del contexto antes descrito, tiene lugar “*el nuevo Derecho*” según refiere tempranamente Alfredo Palacios,¹ el cual está cargado de *particularismos* para decirlo en los términos del maestro Héctor-Hugo Barbagelata.² De allí emana su autonomía, pues como bien lo expresa Rafael Alfonzo-Guzmán,³ esta rama jurídica cuenta con un *sistema homogéneo de normas*, presenta *fuentes y métodos de interpretación propios* y dispone además de *órganos especiales encargados de su aplicación* tanto en lo administrativo como en lo judicial.

Pero, debo reiterar aquí lo que responsablemente he sostenido en escritos anteriores: la autonomía del Derecho del Trabajo no lo desliga del resto de las ramas jurídicas; por el contrario, se nutre de todas ellas. No es un esquema exclusivo y excluyente, sino que se trata de una relación de interconexión dentro del orden jurídico. Verbigracia la aplicación de la tesis del *bloque de constitucionalidad* al ámbito de los derechos *fundamentales* del trabajo que supera la postura del carácter programático y afianza una plena vocación de ejecución y/o exigibilidad patentando así un elenco de obligaciones exigibles al Estado.

Ahora bien, enfocando el periscopio a la autonomía jurídica del Derecho del Trabajo, sin duda el sistema está concebido –*prima facie*– por normas sustantivas especiales que instrumentan el vínculo entre patrono y trabajadores con ocasión de la prestación de servicios de estos últimos y cuya tutela encuentra fundamento en la minusvalía originaria.

¹ *El Nuevo Derecho*, Colección Claridad, Buenos Aires, 1920.

² *Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

³ *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, 16ª ed., Minpres, C.A.R., Caracas, 2016, p. 19.

Parte del andamiaje, por lo tanto, reposa en un sistema robusto de normas adjetivas también especiales que permiten la materialización de los derechos subjetivos antes referidos, pero además de una plataforma administrativa y judicial encargadas de su aplicación, interpretación; y, por tanto, de atención a los conflictos surgidos con ocasión del trabajo y eventual exteriorización de los intereses contrapuestos.

Visto así, la interpretación debe ser congruente, lo cual constituye un reto especialmente difícil a tenor de los intereses privados contrapuestos entre las partes (tesis del conflicto) y que lo apartan del Derecho común. Por lo tanto, el sistema normativo especialmente diseñado para regular las relaciones jurídicas entre patrono y trabajadores con ocasión del trabajo, tiene un racional distinto, diferenciado, con un objeto (tutelar) que le es propio y cuya congruencia se soporta en sus principios.

Tal y como afirma Barbagelata,⁴ el derecho tradicional no podía resolver los problemas laborales, es más, el Derecho Civil –afirma– estaba en evidencia, pues no había considerado que “...el trabajo representaba un valor en sí mismo que mereciese ser objeto de protección propia”. Construir por tanto una doctrina emancipada y apta para sus nuevos fundamentos, no era tarea fácil, lo cual da cuenta de la importancia de los principios en esta rama jurídica.

3. El valor de los principios en la disciplina

Expresados los acápites precedentes, referir al valor de los principios para el Derecho del Trabajo no encierra ningún secreto. Son los pilares, los cimientos, los soportes principales en torno a los cuales el andamiaje jurídico laboral fue erigido. En muy apretada síntesis, los principios del Derecho del Trabajo constituyen el fundamento teórico de una rama jurídica que se sabe autónoma y que se abre espacio entre el derecho tradicional, pues, a fin de cuentas, toda expresión jurídica descansa sobre unos principios.

No es la pretensión debatir aquí respecto de la naturaleza jurídica de los principios donde es imprescindible tener en cuenta la tesis de Riccardo Guastini,⁵ así como también la afamada postura de Luigi

⁴ Ob.cit., p. 16.

⁵ *Distiguendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.

Ferrajoli⁶ que contrasta y no poco con los detractores del carácter normativo de los principios y que bien expone Hernán Valencia en su texto intitulado *Nomoárquica principalista jurídica o filosofía y ciencia de los Principios Generales del Derecho*.⁷

Es innegable el valor de los principios, en la producción, interpretación e integración del Derecho, lo que en el ámbito de las relaciones de trabajo encuentra un sentido especial si se combina con el *garantismo* del maestro Ferrajoli⁸ según el cual el derecho es limitación del poder, o mejor, la protección de los más débiles ante los más poderosos, eso sí, en una perspectiva distinta a la tradicional. La norma jurídica formal que encuentra expresión en un ordenamiento jurídico, no es otra cosa que un resultado, pero los principios son su fundamento.

El desarrollo extensivo de los principios jurídicos en el tiempo, resulta de especial relevancia para la revitalización de una rama jurídica como la que ocupa el presente ensayo, pues como bien precisa Barbagelata,⁹ nuestra disciplina se ve directamente afectada por múltiples factores (variables de contexto) a tenor de lo cual requiere permanentes ajustes. Allí, en criterio de quien suscribe, los principios operan como brújula, como parámetro de compatibilidad en la producción normativa, interpretativa e incluso integrativa de un sistema que se sabe autónomo, tutelar y llamado a instrumentar las relaciones jurídicas con ocasión del trabajo.

II. Relaciones laborales: tiempo presente y perspectivas

Corresponde a este segundo capítulo atender las características esenciales de las relaciones laborales tanto en tiempo presente como en perspectiva futura, a tenor de lo cual es de especial interés comenzar con la identificación de los principales problemas, así como también dar curso a las reflexiones en torno al impacto que han tenido las tecnologías de información y comunicación con especial énfasis en las brechas entre la realidad y su regulación.

⁶ *Principia iuris. I. Teoría del Derecho*, T. I, Trotta, Madrid, 2011.

⁷ 3ª ed., Temis, Bogotá.

⁸ *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

⁹ Ob.cit., p. 34.

Al momento de cierre del presente ensayo, la Organización Internacional del Trabajo recién publicó el informe intitolado *Panorama Laboral 2019 América Latina y el Caribe*¹⁰ en razón de lo cual quien suscribe consideró pertinente tener en cuenta datos especialmente relevantes en torno a la fuerza de trabajo contenidos en dicho texto.

1. Problemas actuales: un inventario no exhaustivo

He sostenido en ensayos anteriores, que el trabajo como producto de la acción humana, está llamado a experimentar una continua evolución, lo que en consecuencia se traduce en la modificación del régimen jurídico que lo regula. Desde luego, la velocidad de los cambios de las relaciones de trabajo desafía al Derecho Laboral tradicional. No alcanza con aferrarse a los principios y su interpretación clásica.

El tema del empresario novatorio y el trabajador ciudadano, la subcontratación, los grupos de entidades de trabajo (nacionales e internacionales), el falso autónomo, los colaboradores independientes, las formas nómadas de prestación de servicios, el impacto de la tecnología de información y comunicación en el ámbito de las relaciones laborales; y la precarización en el empleo, reclaman un nuevo enfoque de esta rama jurídica.

Con ocasión de su centenario, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha expresado de forma clara sus preocupaciones y objetivos en torno al trabajo y su regulación en el ámbito de los nuevos retos. Me refiero tanto al Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo,¹¹ así como también a la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo.¹² Preocupa y con razón, alcanzar la justicia social y el ejercicio de las libertades públicas con ocasión del trabajo.

La construcción de un trabajo justo, inclusivo, pleno, seguro, productivo, decente y libremente elegido siguen estando en el epicentro, por lo que, en el marco de los problemas actuales, las propuestas de la OIT están orientadas a aumentar la inversión de las capacidades de las

¹⁰ Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_732198.pdf (Consultado el 2 de febrero de 2020).

¹¹ Recuperado de: <http://www.ilo.org>. (Consultado el 30 de enero de 2020).

¹² Ídem.

personas, en las instituciones del trabajo, así como también en el trabajo decente y sostenible en el tiempo.

El principio protector o de tutela encuentra aquí zona fértil para un nuevo redimensionamiento en aras de atender las nuevas circunstancias de exclusión de la regulación del trabajo, cuando la OIT afirma –como recomendación concreta– que corresponde establecer una garantía laboral universal donde los trabajadores deben disfrutar de los *derechos fundamentales del trabajo* con independencia de su situación laboral. Las recomendaciones concretas de la OIT abrazan incluso el siempre espinoso tema respecto de la autonomía del tiempo de trabajo y la garantía de la representación colectiva de los trabajadores y empleadores a través del diálogo social.

Uno de los temas que cobra mayor relevancia actual, está asociado directamente al impacto de las tics en el ámbito de las relaciones laborales. El inmortal temor del desplazamiento del trabajo por la máquina (ahora en versión 4.0) y frente a lo cual, la recomendación de la OIT consiste en administrar la tecnología en favor del trabajo decente a través del uso de la inteligencia artificial bajo el control humano donde las decisiones definitivas que afecten al trabajo sean tomadas por las personas.

Mientras las redes sociales se llenan de publicaciones en torno a los importantes y desde luego muy valiosos avances de la ciencia para la humanidad, concomitantemente hay temor fundado respecto del impacto que esto puede tener en el ámbito del trabajo, especialmente en un momento donde a la oferta, demanda y desocupación en el mercado laboral, se le une al problema de la calidad del empleo, la suficiencia del salario y el desempleo juvenil.

El reciente informe de la OIT intitulado *Panorama Laboral 2019 América Latina y el Caribe*, publicado a inicios de este año 2020, precisó que, en la región, la protesta social se intensificó durante el último trimestre debido (entre otras cosas) a una *persistencia de déficit* en el trabajo decente derivado a que existen menores oportunidades de acceso y permanencia a empleos dignos y productivos (esto es, con salarios justos, protección social y derechos laborales).

Si bien es cierto, la tasa de desempleo en América Latina y el Caribe cerró en 8,1% en 2019, se espera un incremento que ubicaría el indicador en 8,4% al cierre de 2020. El mercado laboral está reflejando

la falta de dinamismo económico, una situación especial que en el caso de la desocupación juvenil es aun más pronunciada (20% al cierre del tercer trimestre de 2019).

En Europa, se espera que la tasa de desocupación crezca a 7% este año y si bien es cierto la estimación del PIB para 2020 ya era decreciente por ejemplo en China (disminuyendo de 6,1% en 2019 a 5,8% para 2020) y moderadamente inferior también en los Estados Unidos de América (bajando de 2,4% a 2,1%) ahora hay que sumar la importante recesión que golpeará la economía mundial con ocasión del corona virus dado el riesgo latente de pandemia. En efecto, nada más en China ya se afirma que este nuevo virus puede implicar una disminución de tres puntos porcentuales de su PIB durante el primer trimestre del año, lo que tendría un impacto significativo para América Latina y el Caribe donde los estudios indican que el gigante asiático es el principal proveedor de mercancía del al menos 10 países de la región.

Esta compleja realidad no se soluciona con una variante en la delimitación del contrato de trabajo ni con respuestas normativas superficiales, pues antes hay que entender aquella atinada afirmación temprana de Camerlynk y Lyon-Caen,¹³ según la cual “el Derecho Laboral tributa de lo económico”. Lo he afirmado en un ensayo anterior: la *dinamicidad económica* en el ámbito de las relaciones de trabajo expone la insuficiencia regulatoria, reta al Derecho del Trabajo en tiempo y circunstancias y reclama una rápida, eficaz, continua y visionaria modificación de su instrumentación, la cual debe ser guiada por los principios de nuestra disciplina en un marco de redimensionamiento, de interpretación revitalizadora que resulte al mismo tiempo compatible con sus raigambre, las nuevas realidades y las perspectivas futuras, muy especialmente las derivadas del impacto de las tics en las relaciones de trabajo tal y como se precisa a continuación.

2. El impacto de las tics en la transformación del trabajo

Con un amplio sentido futurista, Marc Vidal orienta su actividad profesional al estudio, investigación y análisis respecto de la transformación digital, muy especialmente en lo atinente a los cambios sociales

¹³ *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Aguilar, Madrid, 1974, p. 25.

y económicos que de ella se derivan. A mediados de octubre de 2019, publicó su más reciente libro intitulado *La Era de la Humanidad. Hacia la Quinta Revolución Industrial* cuyo primer capítulo disponible gratuitamente en su Blog, no tiene desperdicio.¹⁴ Con ocasión de una entrevista concedida a Juan Carlos Fernández para hablar de su nueva obra, Vidal hace una afirmación que publica en su blog con fecha trece (13) de enero de 2020 y que es del siguiente tenor: “El valor de las empresas del futuro, no será la maquinaria comprada sino el talento humano retenido”.

El referido autor parte de la idea según la cual, no todos los procesos pueden ser automatizados; y, por lo tanto, todo lo que no sea automatizable deberá tener un punto de enlace con el trabajo humano. Afirma con acierto que *las calculadoras no sustituyeron a los matemáticos*, por lo que se trata de capitalizar los avances más que de entrar en pánico.

En la sección de microblog de mi web personal, publiqué el pasado primero (1º) de enero de 2020 una nota bajo el título “Impacto de la tecnología en las relaciones de trabajo”,¹⁵ oportunidad en la cual, luego de colocar algunos ejemplos de inteligencia artificial, transformación digital e incluso avances en robótica que doy aquí por reproducidos, afirmé que el saldo a futuro es obvio: *muchos empleos en desplazamiento*. El vaticinio no va con un sentido alarmista ni mucho menos pesimista. Se trata de un tema que vengo estudiando a detalle desde hace algunos años y del cual considero es tiempo de abordarlo con la profundidad que amerita, precisamente porque en el corto plazo lo más temido no es la tasa de desempleo, sino las nuevas competencias *genéricas* que demandará el mercado laboral.

Sobre este particular quien suscribe es de la opinión según la cual las competencias prioritarias (distintas a las competencias técnicas) requeridas a un colaborador para que continúe siendo elegible en el cada vez más complejo mercado laboral, van desde el trabajo no presencial, el aprendizaje permanente y autogestionado, la capacidad de adaptación

¹⁴ Vidal, Marc, *La Era de la Humanidad. Hacia la Quinta Revolución Industrial*, 2019. Recuperado de: <https://www.marcvidal.net/blog/2020/1/7/el-primer-captulo-de-la-era-de-la-humanidad-hacia-la-quinta-revolucin-industrial> (Consultado el 16 de febrero de 2020).

¹⁵ Disponible en: <http://www.jairdefreitas.com/files/MicroBlog1%202020.pdf> (Consultado el 16 de febrero de 2020).

y procesos de toma de decisiones en redes que nada guardan relación con jerarquías ni horizontalidades. Todo esto demanda del Estado un compromiso verdaderamente responsable en protección y además acompañamiento.

La deslocalización y la desconcentración del proceso productivo, sumada a la automatización, estimulan las más variopintas fórmulas de trabajo a distancia que exponen las limitantes del actual marco jurídico protectorio del Derecho Laboral, lo que impacta no sólo al ámbito de las relaciones individuales de trabajo, sino también a las colectivas. La acción sindical *desde la perspectiva tradicional* (esto es, orientada a lo local, de esencia reivindicativa, bajo estrategias clásicas pensadas en un esquema de prestación de servicios que confluyen en un mismo centro de trabajo común) va rumbo a su extinción, lo que supone por tanto, un nuevo reto para los sindicatos en el marco de la post-globalización en cuanto a organización por ejemplo (identificación de intereses comunes, pautas de convocatorias, planteamientos, acuerdos e incluso conflicto colectivo de ser el caso).

Sobre este particular, reitero lo que he sostenido en mi artículo más reciente sobre el tema:¹⁶ las organizaciones sindicales requerirán cada vez más del apoyo de plataformas digitales; y, más importante aún, del reconocimiento jurídico del Estado en cuanto al uso de las mismas. Por ejemplo, ya en el año 2015 un Tribunal Superior de Madrid concluyó que una relación laboral había culminado por renuncia voluntaria, a partir del examen probatorio un mensaje enviado por el trabajador a través de la aplicación de WhatsApp.

Las fronteras entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y el poder de control y vigilancia del patrono también exhiben un comportamiento mucho más vigoroso a partir del uso de las tics y este es precisamente un escenario en el cual la mayoría de los países aun muestran una cruda instrumentación. En términos de María Belén Cardona,¹⁷

¹⁶ *¿Cabe la acción sindical en el futuro de las relaciones de trabajo?* Disponible en: <http://www.jairdefreitas.com/files/MicroBlog2%202020.pdf> (Consultado el 16 de febrero de 2020).

¹⁷ *Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas*, 2003, p. 173. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=786247> (Consultado el 16 de febrero de 2020).

las tics han transformado en profundidad la organización del trabajo, tanto en lo que a proceso productivo se refiere, como en lo atinente a la gestión empresarial, situación esta que, a juicio de quien suscribe, fue tan acelerada que acrecentó la brecha entre la realidad de las relaciones de trabajo y su actual instrumentación.

3. Brechas entre la realidad y su regulación

Sin importar el país que se mire, a nivel general hay un importante contraste entre la realidad de las relaciones laborales y el régimen jurídico vigente que pretende instrumentarlas. Desde luego, la brecha es distinta en cada caso y el resultado está asociado a varios factores; a saber: (i) sistema jurídico aplicable (anglosajón, de tradición escrita), (ii) compromiso con la normativa internacional del trabajo (bien sea emanada de la OIT, de la Unión Europea, Mercosur o cualquier otro tipo de tratados internacionales según el caso), (iii) grado de eficiencia del proceso de elaboración de las leyes (en países del *civil law*), (iv) variables de orden político (tales como sistema democrático y ejercicio de libertades públicas), (v) variables relativas a la realidad económica (principales actividades productivas, grado de desarrollo del país, nivel de inversión en ciencia y tecnología); así como también huelga decir que el resultado presenta variaciones dependiendo si la medición se hace de forma aislada (local) o en contexto (regional, continental).

El Índice Global de los Derechos de la Confederación Sindical Internacional publicado a mediados de 2019, presenta hoy resultados que no pueden despacharse a la ligera. Por ejemplo, el informe revela un mayor ataque contra la libertad de expresión de los trabajadores en los centros de trabajo, así como también que en el 72% de los países analizados no existe acceso al sistema de justicia o el acceso es restringido.

El Índice Global de los Derechos de la CSI *in comento* precisa que en el último año aumentó la cantidad de países que excluyeron o afectaron negativamente el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores (de 92 en el año 2008 a 107 en el año 2019) que el 85% de los países violan el ejercicio del derecho huelga y que el 81% de los países vulneraron el derecho a la negociación colectiva.

En la escala del 1 al 5+ (donde 1 es violación esporádica de los derechos y 5+ corresponde al grado de derechos no garantizados debido a la desintegración del estado de derecho) la clasificación es la siguiente: (i) América: 3,52, (ii) Europa (2,55), (iii) África (3,79), (iv) Asia-Pacífico (4,05) y Oriente Medio y Norte de África (4,47).

Visto por países, 9 de ellos se encuentran en la clasificación 5+ (Burundi, República Centroafricana, Libia, Palestina, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, Siria y el Yemen). En clasificación 5, se encuentran 34 países entre los que destacan Brasil, China, Emiratos Árabes Unidos, Colombia, Ecuador e India. En clasificación 4, se encuentra 39 países que incluyen entre otros a Chile, México, Perú, Venezuela y Estados Unidos.

Curiosamente en clasificación 1, se encuentran apenas 12 países que incluyen Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Países Bajos, Noruega, Suecia, Italia, Irlanda, Islandia, Eslovaquia y Uruguay; en tanto que en la clasificación 2 y 3 encontramos 24 y 26 países respectivamente.

Entre los principales problemas por región tenemos los siguientes: (i) Oriente Medio y Norte de África: exclusión de trabajadores de la protección laboral, desmantelamiento de sindicatos y violaciones de los derechos de los trabajadores (100% de los países por ejemplo presentan registros de exclusión de ejercicio de libertad sindical en sentido positivo, vulnerándose en 18 de los 19 países analizados tanto el derecho a la huelga como a la negociación colectiva); (ii) Asia-Pacífico: Violentos ataques contra trabajadores (incluso muerte a sindicalistas) represión de la acción de huelga y una estadística muy similar a la de Oriente Medio en cuanto al manejo de los derechos colectivos del trabajo; (iii) África: Aumento de la Violencia (especialmente en represión policial, encarcelamientos y detenciones en Camerún, Chad, Ghana, Eswatini y Zimbabwe) y prohibición del derecho a huelga y a la reunión (destacando el caso en Chad conocido ampliamente por el mundo laboral); (iv) América: que registró un incremento en la violencia e impunidad contra dirigentes sindicales, así como también se registran despidos discriminatorios del ejercicio de la libertad sindical, así como también la denegación del registro de sindicatos; y (v) Europa: donde si bien el índice es más bajo que América, también experimentó un empeoramiento en

el último año en el que destacan ataques violentos, asesinatos de sindicalistas, represión de la acción de huelga y protestas (especialmente en países como Turquía).

Entre la mucha información del completo informe, destaca el énfasis en cuanto a una tendencia creciente a la criminalización del derecho de huelga, erosión de la negociación colectiva y una exclusión de trabajadores de la protección laboral brindada mediante el cabal ejercicio de la libertad sindical, alertando especialmente, que las nuevas formas atípicas de empleo reducen la capacidad de organización de los sindicatos.

Más allá de algunos sesgos y disonancias que contrastan con información obtenida por organizaciones internacionales multilaterales, no deja de ser preocupante que mientras el Derecho del Trabajo se ocupa de establecer un elenco de normas que tienden a la protección de los trabajadores, *la dinamicidad evolutiva* genera nuevas formas de prestación de servicios que se colocan al margen de la protección laboral establecida, lo que sumado al desconocimiento del régimen vigente (con mayor o menor grado según el país que se trate) acaba por llevar a la desprotección de quien presta servicios por cuenta ajena y bajo la dependencia de otro, hecho que al sumarle las perspectivas de la transformación de las relaciones trabajo, ameritan una revisión integral y la construcción de un nuevo sistema normativo del trabajo, ágil, adecuado a las nuevas realidades pero con epicentro en los principios sobre los que se fundamenta esta rama jurídica, los cuales deben ser —como se dijo *ab initio* del presente ensayo— sometidos a una interpretación revitalizadora que sea al mismo tiempo compatible con sus raíces y fines, pero también con el contexto actual y las perspectivas futuras. Veamos.

III. La importancia de los principios del Derecho del Trabajo para el futuro de las relaciones laborales

Atendidos como han sido la raigambre de Derecho Laboral, así como también el examen de las relaciones de trabajo en tiempo presente, queda de manifiesto el problema expuesto y que constituye el eje central del presente ensayo: en líneas generales, los regímenes jurídicos del trabajo resultan ineficaces en su objeto de tutela ante las nuevas formas de prestación de servicios; y más aun, frente a las perspectivas futuras del trabajo.

El ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo debe resolver la cuestión en torno a quién debe resguardar, pero además, la Quinta Revolución Industrial plantea una segunda y desde luego lógica incertidumbre nada sencilla de aprehender: ¿frente a qué proteger? Por otra parte, si bien es cierto desde la segunda mitad de la década de los ochenta el tema de la *flexibilidad laboral* expuso los excesos del que hasta entonces parecía un insaciable principio de progresividad, en la práctica se cometieron tantos excesos en su nombre que aun hoy muchos laboristas reportan alergia tan solo al leer el prefijo “flexi”. No obstante, un debate ineludible de esta rama jurídica, es precisamente el referente a cuál es el grado idóneo de auxilio al *hiposuficiente* y además con qué finalidad se desplegará el tutelaje del Derecho del Trabajo del futuro.

Como afirmé *ut supra*, el Derecho Laboral está retado en tiempo y circunstancias. Los urgentes cambios reductores de brechas, pasan por la premisa según la cual es momento de aceptar que los factores que dieron origen a esta rama jurídica, no son los mismos que actualmente justifican su existencia. Para salir airoso de este nuevo compromiso, el Derecho del Trabajo debe mirar a sus principios pues son su esencia, su cimiento y por tanto brújula fundamental. Más esos principios requieren un redimensionamiento. Es imperativo someterlos a una nueva y audaz interpretación revitalizadora, compatible con sus raíces, con sus fines; y mucho más importante aun: con las nuevas realidades y perspectivas futuras. A continuación, quien suscribe expone el fundamento de esta serie de afirmaciones.

1. Como brújula orientadora

Está claro que los principios son fuente jurídica por excelencia. Contribuyen a la creación, interpretación e integración del Derecho, al tiempo que en cada una de las ramas jurídicas dan cuenta de su particularidad, autonomía y esencia orientadora. En específico, el Derecho del Trabajo tiene –como ha sido referido en el primer capítulo– una sólida autonomía fundamentada en su origen y que al mismo tiempo es reflejo de la axiología jurídica, pues, a fin de cuentas, el ordenamiento jurídico positivo se construye en relaciones de compatibilidad con sus principios.

En términos de Américo Plá,¹⁸ son *lineamientos* que inspiran, directa o indirectamente, soluciones a los problemas jurídicos que se presentan y que el derecho positivo no ha previsto, o que, habiéndolos contemplado, merecen una integración compatible. Contribuyen a la armonía del sistema normativo y su coherente interpretación, a tenor de lo cual conforman incluso antecedentes integrativos que podrán ser posteriormente incorporados al derecho positivo, o incluso, de aplicación directa bajo un sistema del precedente judicial y/o constitucional atendiendo a un país específico.

Los principios del Derecho del Trabajo, contribuyen a corregir los excesos de la exegética, lo que reviste especial importancia para esta rama del Derecho Social, pues se trata de un aspecto íntimamente ligado al tema de la autonomía tal y como sostiene Antonio Vásquez Vialard,¹⁹ cuando afirma que conseguir tal atributo implica el desarrollo de un cuerpo de principios propios que, unidos a otros aspectos, procuran "...un vasto dominio de la realidad social que intenta regular".

Precisa además el autor antes referido, que los principios del Derecho del Trabajo expresan una función informativa, normativa e interpretativa, al tiempo que se caracterizan por su "amorfismo", esto es, la carencia –de ordinario– de un procedimiento técnico de exteriorización, toda vez que si bien la norma los acoge "no les expresa directamente; a veces, [pues] lo que se enuncia es el presupuesto del principio",²⁰ lo cual no necesariamente tiene una lectura negativa, pues concretarlo en la norma puede devenir en la pérdida de su fecundidad, de tal suerte que su *crystalización* podría acabar *congelando* su función inspiradora de soluciones.

Hay por tanto un reconocimiento expreso respecto del innegable valor de los principios del Derecho del Trabajo como brújula orientadora, pero, al mismo tiempo, la necesidad imperiosa de no esclerosar su contenido en el marco de extrema positivización. Se identifica como vital para la evolución de esta rama jurídica, que esos principios sean reconocidos, pero sin afectar su redimensionamiento para que

¹⁸ *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998.

¹⁹ *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T. I, 8ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 118.

²⁰ *Ibidem*, p. 119.

contribuyan así a inspirar soluciones jurídicas no previstas originalmente pero que se encuentren en sintonía con el andamiaje normativo vigente, impulsando una adaptación en un circuito de retroalimentación positiva en el marco de la dinamicidad evolutiva.

En muy apretada síntesis, la afirmación según la cual los principios del Derecho del Trabajo son una brújula orientadora se desgaja en esa suerte de operación compleja interpretativa que procura la solución concreta y actual teniendo en cuenta el *telos* de la norma, ante la dinamicidad evolutiva sin perder la perspectiva en cuanto al sano equilibrio de los intereses contrapuestos de patronos y trabajadores, en el marco de la justicia social.

2. La necesidad de redimensionamiento

En el presente ensayo, se han identificado algunas de las brechas existentes entre la realidad y la instrumentación de las relaciones de trabajo lo que, en suma, compromete la consecución de la justicia social como fin del Derecho Laboral. Ante los problemas actuales, no puede continuar dándose una respuesta tradicional y fuera de contexto. Estirar la interpretación tradicional de esta rama jurídica, solo conlleva a desatinos que atentan contra la tutela efectiva con la vana pretensión de negar que hoy existen puntos de inflexión que ameritan un redimensionamiento.

César Carballo Mena, a propósito de la publicación de un reciente ensayo en la Revista Latinoamericana de Derecho Social de la UNAM,²¹ coloca un fabuloso ejemplo en la propia introducción, que si bien orientada al estudio de los vestigios de dependencia de nuevas formas de prestación de servicios derivadas de la tecnología de información y comunicación mediante el estudio de casos (Uber-Dynamex) revela que en los Estados Unidos de América, entre los años 2004 al 2012 se reformó la legislación laboral de veintidós Estados, con el propósito de hacer más rígidas "...las condiciones de reconocimiento del estatus

²¹ "Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies, Inc. y Dynamex Operations West, Inc.", 2019. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702019000100003 (Consultado el 26 de febrero de 2020).

de contratista independiente, mejorar la aplicación de la normativa laboral y robustecer las medidas sancionatorias en caso de incorrecta clasificación de los trabajadores”.

Partiendo de la particularidad del sistema jurídico anglosajón, no hay duda del tamaño que tiene esta problemática, es decir, en cuanto a cómo la *dinamicidad evolutiva* reta al Derecho del Trabajo haciendo que una respuesta clásica, anacrónica y distendida, ya no alcance. La protección exacerbada del prestador de servicios podría aislar la tuerca, pero tampoco puede permitirse que producto de la inercia jurídica cada día más sujetos se encuentren fuera de su ámbito de aplicación. Por tanto, es coherente un redimensionamiento del Derecho Laboral, pero desde luego, con fundamento en sus principios revitalizados, es decir, con un epicentro que, sin perder su ADN, entienda que debe interpretar una realidad muy distinta de aquella que le dio carta de ciudadanía.

Un primer y urgente debate consiste en precisar a quién debe proteger el Derecho del Trabajo del presente ¿es al trabajador subordinado clásicamente concebido por el sistema *fordista* o parcialmente adaptado en el llamado *postfordismo*? ¿Debe ensayarse una inclusión masiva de todo tipo de trabajo incluyendo el no dependiente bajo cualquier forma de expresión? En mi criterio son extremos anacrónico y utópico respectivamente. Sin embargo, es obvio que bien por el test de control, de delimitación, cúmulo de indicios o como se le quiera llamar, esta rama jurídica debe resolver el problema del ámbito personal de aplicación de la ley, con rigor suficiente para reducir a su mínima expresión el riesgo de relaciones laborales camufladas bajo nuevas formas de prestación de servicios que pretendan eludir el sistema tuitivo.

La protección actual del andamiaje jurídico construido en torno a la regulación del trabajo, en la mayor parte de los sistemas laborales es ineficaz. Desde la obsolescencia normativa que instrumenta la solución de problemas sociales que cada vez tienen menos peso, hasta la desatención de focos críticos evidenciados en las brechas (algunas de ellas identificadas en el presente ensayo) ¿Hay justicia social? ¿Qué régimen jurídico en particular la exhibe con orgullo el cumplimiento de los fines del Derecho del Trabajo pudiendo presentar hoy indicadores objetivos sujetos a verificación?

A la sazón de lo anterior, un segundo e impostergable debate: ¿frente a qué proteger? Las expectativas de la transformación del trabajo derivadas de la “Revolución Industrial 5.0” no permiten una instrumentación a ciegas. No es la clásica cuestión social, no es el desamparado prestador de servicios regido exclusivamente por el principio de autonomía de la voluntad ante una carencia normativa, ni una regulación del trabajo pensada en una *pseudo* transformación del proceso productivo ligada tangencialmente a las tics vistas desde el enfoque clásico ¿Qué es entonces? ¿De qué va la tutela de las relaciones de trabajo?

Ratifico aquí lo ya precisado en un ensayo anterior: en los términos actuales, la válvula del Derecho del Trabajo se cierra con criterio de *ajenidad* y se abre bajo la consideración del trabajo entendido como un *hecho social*. La velocidad de la *dinamicidad evolutiva*, impone el diseño de un sistema normativo de rápida adaptación en el tiempo, que ofrezca una solución viable a las nuevas formas de prestación de servicios existentes, así como también las que muy probablemente surgirán en el corto y mediano plazo.

Desde luego esto no significa que el grado de protección deba ser ni intransigente, ni mucho menos lineal. Por ejemplo ¿un prestador de servicios no letrado que ejecuta una labor no calificada, requiere la misma tutela que el presidente de una corporación multinacional? Es obvio que el sistema debería proteger más celosamente al primero, pero además correspondería permitir, en el segundo caso, una mayor cabida del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Entonces ¿la protección en qué consiste?

Sin duda, en pautas de acceso al empleo, permanencia en el empleo (derecho al trabajo), condiciones mínimas de prestación de servicios, etc., mas no desde la óptica tradicional. La estabilidad absoluta, por ejemplo, es un desatino como política de empleo, ya que cómo he sostenido desde siempre, ésta no debe enfocarse en la prohibición de despidos tanto como en la creación de nuevas plazas de trabajo. Que los despidos puedan ser declarados írritos (en los términos particulares que defina algún ordenamiento jurídico en concreto) íntimamente ligados a la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, es muy distinto a referir a la imposibilidad de terminar la relación laboral unilateralmente por parte del sujeto contratante (patrono).

El Derecho del Trabajo, insisto, no puede ser inflexible, fanático, ni pretenderse ajeno a las variables económicas. En ese sentido debe procurar un nuevo equilibrio entre los intereses de patrono y trabajadores (distinto al actual y además dotado de sensatez) que cuide al extremo la *preservación de la fuente de empleos* como parte del epicentro de su protección y estimule también su creación. En preciso, se trata de contar con un trabajador *empleable* antes que *empleado*, es decir, que más allá de aferrarse a un cargo que producto del desarrollo de las *tics* y la *transformación digital* posiblemente se vuelva obsoleto en un mucho menos tiempo de lo originalmente previsto, le permita desarrollar competencias que coadyuven a una temprana reinserción laboral. Por lo tanto, no sólo estamos ante un cambio de paradigma jurídico, sino además del concepto del Estado Social.

Ese Derecho del Trabajo que desde sus orígenes procura garantizar normativamente la fijación de un salario suficiente, debe contribuir hoy a crear condiciones viables para lograrlo, lo cual va más allá del desiderátum normativo. La compensación por encima del mínimo vital (que debe por cierto caminar a una definición más uniforme y confluyente respecto de las variopintas acepciones disponibles hoy a gusto del lector) no puede continuar desligada al resultado económico de la entidad de trabajo bajo el auspicio de una interpretación absoluta y terca de los principios que acompañan el desarrollo de esta rama jurídica desde su origen.

La dignidad entendida como eje de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores, encuentra retos significativos en lo cualitativo tanto en materia de empleo, como en condiciones de prestación de servicios y desde luego que también de remuneración como parte de aquellas. La ponderación, o, mejor dicho, el redimensionamiento de los principios del Derecho del Trabajo es hoy asunto de necesidad, al igual que su reinterpretación.

3. La necesidad reinterpretativa

A estas alturas luce más claro lo afirmado *ut supra*: es imperativo someter a los principios a una nueva y audaz interpretación revitalizadora, que resulte al mismo tiempo compatible con sus raíces y con las

nuevas realidades y perspectivas futuras. No es viable para el Derecho del Trabajo perseguir la evasión de su ámbito de aplicación con las mismas herramientas del pasado que hoy tienen evidente eficacia reducida.

Se impone la necesidad de reconstruir sistemáticamente esta parcela del Derecho a partir de los nuevos lentes de sus principios, lo que *prima facie* nos coloca ante el planteamiento de una neo interpretación del Derecho del Trabajo, no de la Ley. Dicho en términos de Lifante,²² una interpretación jurídica que atiende a lo abstracto, a lo cognoscitivo al estilo de la segunda etapa de la *actitud interpretativa* a la que refiere Dworkin y que Lifante resume magistralmente afirmando que en ella, se procura averiguar el verdadero sentido de la *práctica social*, lo que en el caso del Derecho “viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como unidad que sirve a ciertos valores y propósitos”.²³

El reto presente estriba en desarrollar un nuevo sistema laboral para el futuro que resulte realmente acorde a la *dinamicidad evolutiva*, que contribuya al objeto tuitivo del Derecho del Trabajo desarrollado en el marco de unos principios que, amén de su genética, admitan ser re-interpretados y redimensionados con coherencia revitalizadora, que se aferren menos a interpretaciones intransigentes y anacrónicas y que no le den la espalda a la realidad del ámbito de las relaciones de trabajo que reclama nuevas soluciones con punto de equilibrio distinto entre trabajadores y patronos.

A fin de cuentas (sin ánimo de ofender) de hace bastante tiempo ya que no estamos ante la primera Revolución Industrial, por lo que (reiterando la premisa central del ensayo) quien suscribe debe insistir en la premisa según la cual los factores que dieron origen a esta rama jurídica, no son los mismos que actualmente justifican su existencia. Ante a este cúmulo de interrogantes posicionadas frente al Derecho del Trabajo retado en tiempo y circunstancias, corresponde a los principios acudir como brújula orientadora. De allí su importancia en las relaciones de trabajo futuras que aspira instrumentar.

²² “Interpretación jurídica”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, V. II, UNAM, México, 2015, p. 1374.

²³ *Ibidem*, p. 1383.

LA RELACIÓN JURÍDICA DE LOS MIEMBROS DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS EN LA DOCTRINA DE LA SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño*

SUMARIO

I Consideraciones Preliminares. II. Sentencia N° 375 dictada por la SCS del TSJ en fecha 21 de octubre de 2019 en el caso: *Omar Enrique García Bolívar*. 1. De los Hechos y Argumentos. 2 De la Decisión. 3. Observaciones a la Decisión. III. Conclusiones

I. Consideraciones Preliminares.

Las normas laborales fueron creadas bajo la concepción que el trabajador es el débil jurídico de la relación, partiendo de las condiciones laborales en la que los trabajadores prestaban servicios en la época de la Revolución Industrial.

Sin embargo, transcurridos más de 170 años desde la publicación del Manifiesto Comunista, existen personas que mantienen una concepción clásica del Derecho del Trabajo, partiendo de la idea de aplicar

* Universidad Católica Andrés Bello: abogado (2000), Prof. de Derecho del Trabajo II (2009-2014), y Prof. de Derecho del Trabajo I (2014-2016). Miembro de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro de la Sección Latinoamericana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Capítulo Venezuela). rguilarte@cjlegal.net

A los fines del presente artículo serán utilizados los siguientes términos: Venezuela: República Bolivariana de Venezuela. OIT: Organización Internacional del Trabajo. GORBV: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. CRBV: Constitución de Venezuela publicada en la GORBV N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009. DLOTTT: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras publicado en la GORBV N° 6.076 Extraordinario de fecha 7 de mayo de 2012. DLOT: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo publicado en la GORBV N° 6.024 Extraordinario de fecha 6 de mayo de 2011. TSJ: Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. SC: Sala Constitucional del TSJ. SCS: Sala de Casación Social del TSJ.

automáticamente el *in dubio pro operario* cuando se configura un conflicto laboral, dejando de lado lo previsto en la Recomendación 198 de la OIT en la que se establecen los principios para determinar cuando existe o no una relación laboral.

En efecto, no se debe pensar que el principio de la realidad sobre las formas y apariencias, previsto en el numeral 3 del artículo 18 del DLOTTT y en el numeral 1 del artículo 89 de la CRBV, es únicamente para declarar la existencia de una relación laboral, sino que también sirve para determinar cuando no se configura una relación laboral, como lo señaló la SCS del TSJ en la sentencia N° 489 dictada en fecha 13 de agosto de 2002 en el caso: *Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (Fenaprodo-CPV)*.

De igual forma, encontramos que Arturo Sergio Bronstein sobre la primacía de la realidad, sostiene:

“La manera como ha recurrido la ley o la jurisprudencia para determinar el carácter laboral o civil de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe, consiste en el examen de la realidad para determinar el carácter laboral o civil de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe, consiste en el examen de la realidad de dicha relación, con prescindencia de la forma jurídica que las partes hayan querido dar al contrato que han concluido entre ellas; es decir se trata de aplicar el bien conocido principio de la primacía de la realidad, el que ha sido recogido explícitamente en numerosas legislaciones, e implícitamente por la jurisprudencia de una amplia mayoría de países”.¹

Asimismo, Humberto Villasmil Prieto sobre el principio de la primacía de la realidad, nos enseña:

“Este fundamental criterio interpretativo dicta que, para la determinación de la naturaleza de la relación entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, se debe tomar en cuenta lo

¹ Arturo Sergio Bronstein, “Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo en Suiza”, *Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 120.

² Humberto Villasmil Prieto y Cesár Augusto Carballo Mena, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, UCAB, Caracas, 2016, p. 87.

que verdaderamente ocurre en la realidad y no solamente lo que las partes ha establecido formalmente en el contrato [...] En caso de discordancia entre lo formal y lo fáctico, el principio de la primacía de la realidad hace prevalecer esto último”.²

Por otra parte, César Augusto Carballo Mena cuando estudia la relación de trabajo y la técnica del test de laboralidad, considera:

“En síntesis, el principio comentado supone una directriz al aplicador del Derecho del Trabajo para que proceda a desentrañar la verdad del caso sometido a su escrutinio más allá de las meras apariencias y formalidades de las que pudiese aparecer revestido. Por tanto, entre otros aspectos, la calificación que las partes hubiesen atribuido al negocio jurídico celebrado o las manifestaciones expresadas con la intención de caracterizarlo de una determinada manera, han de ceder espacio ante la verdadera naturaleza del mismo, la cual será aprehendida por el juzgador con base en las condiciones reales de desenvolvimiento de la interacción”.³

Como consecuencia de lo anterior, resulta necesario entender la relación jurídica de los miembros que conforman los Despachos de Abogados, partiendo del hecho que su estructura generalmente se conforma de la siguiente forma: (i) pasantes; (ii) abogado junior; (iii) abogado senior; (iv) consejero; (v) socio.

En este sentido, tenemos que el pasante no tiene una relación laboral con el Despacho de Abogados, con base en lo dispuesto en el artículo 307 del DLOTTT, mientras que en el supuesto de los abogados junior y senior, es necesario evaluar los elementos que determina la existencia o no de una relación laboral, porque en algunos casos son contratados bajo la modalidad de honorarios profesionales o asociados, corriendo en el riesgo que su ingreso se vea afectado por la demora o no pago del cliente, además que en algunos supuestos tienen la posibilidad de realizar su actividad profesionales en asuntos que no se encuentran relacionados con el Despacho de Abogados.

Una situación particular se presenta con los consejeros, porque a pesar que en la mayoría de los casos, no son miembros del Despacho

³ César Augusto Carballo Mena, *Relación de Trabajo. La técnica del test de laboralidad*, UCAB, Caracas, 2016, pp. 99.

de Abogados, en otros casos se trata de la primera etapa que debe cumplir el abogado que es miembro del Despacho de Abogados, para luego convertirse en un socio.

Así, el problema normalmente se presenta con la labor que ejecutan los abogados: (i) junior; (ii) senior; y (iii) consejero, cuando a éstos se le pretenda imponer las obligaciones que tienen los trabajadores del Despacho de Abogados, distorsionando lo que era la intención de las partes.

Otra situación que se presenta es la de los socios del Despacho de Abogados, porque con excepción de los socios fundadores, los demás socios podrían ser miembros que hicieron carrera como abogado hasta llegar a ser socios, o inclusive los que se integran como socios en el Despacho de Abogado luego de dejar la relación laboral que podrían tener con una empresa u otro Despacho de Abogados.

Como vemos, existen diferentes categorías de abogados dentro de la estructura de un Despacho de Abogados. Sin embargo, consideramos que los socios de un Despacho de Abogados, no pueden ser considerados como trabajadores del mismo, porque éstos son los que además de asumir los riesgos de la sociedad, realizan los aportes económicos e industriales, para que el Despacho de Abogados cumpla con su objeto social.

Ahora bien, la SCS del TSJ en la sentencia N° 375 dictada en fecha 21 de octubre de 2019 en el caso: *Omar Enrique García Bolívar*, consideró que existió una relación laboral entre las partes, por lo que a continuación podrán encontrar nuestros comentarios.

II. Sentencia N° 375 dictada por la SCS del TSJ en fecha 21 de octubre de 2019 en el caso: *Omar Enrique García Bolívar*

1. De los Hechos y Argumentos

El demandante en el libelo de la demanda señaló:

- a. Que tuvo una relación con el Despacho de Abogados desde el 21 de julio de 1997 hasta el 11 de julio de 2000.
- b. Que la relación que existió entre las partes terminó en fecha 11 de julio de 2000, como consecuencia de su despido injustificado.

- c. Que prestó servicios para el Despacho de Abogados de forma exclusiva, siendo que tenía una jornada de trabajo, además que el servicio era prestado en Caracas, pero que podría ser trasladado a otra ciudad de Venezuela o el extranjero, para prestar sus servicios.
- d. Que tres (3) meses después del inicio de la relación, las partes firmaron un contrato de trabajo.
- d. Que recibió el pago de un salario en bolívares y un salario en divisas, que era pagada por sociedades extranjeras que conformaban un grupo de empresas con el Despacho de Abogados ubicado en Venezuela.
- e. Que debió constituir unas sociedades extranjeras, para poder recibir el pago en divisas por parte de las sociedades extranjeras.
- f. Que la relación jurídica que tuvo con el Despacho de Abogados era una relación laboral.
- g. Que el Despacho de Abogados estaba obligado a pagarle los beneficios laborales que fueron causados con ocasión de la prestación de sus servicios.
- h. Que las sociedades extranjeras eran solidariamente responsables de las obligaciones laborales que le adeudaba el Despacho de Abogados ubicado en Venezuela.

Por su parte la demandada sostuvo en la contestación de la demanda lo siguiente:

- a. Que el demandante era socio del Despacho de Abogados, por lo que no existió una relación laboral entre las partes, sino una relación societaria.
- b. Que la relación societaria terminó por voluntad unilateral del demandante.
- c. Que el demandante no sostenía una relación societaria con las sociedades extranjeras, y una relación laboral con el Despacho de Abogados ubicado en Venezuela, porque el demandante era socio del Despacho de Abogados, en el que además de ser socio patrimonial, aportaba su industria.
- d. Que los abogados en Venezuela conforman sociedades civiles, en las que sus miembros aportan su industria, para desarrollar

- una mejor actividad para los clientes que son atendidos, teniendo los socios la obligación de contribuir con los gastos de la sociedad civil, siendo su compensación los beneficios que resulten el giro comercial de la sociedad.
- e. Que el demandante participaba del Comité Ejecutivo del Despacho de Abogados, por lo que participaba en la dirección y administración de la sociedad, además que representaba a ésta frente a terceros.
 - f. Que el demandante no estaba sujeto a ningún tipo de subordinación con ocasión de la actividad que desempeñaba en el Despacho de Abogados.
 - g. Que el contrato de trabajo y la constancia que fueron promovidas como pruebas por el demandante, sólo fueron expedidas por la sociedad para que el demandante pudiera tramitar una visa.
 - h. Que el demandante era quien decidía las condiciones de modo, lugar y tiempo en el que desempeñaba sus funciones de socios del Despacho de Abogados.
 - i. Que el demandante no devengaba un salario, sino un ingreso que dependía del desempeño económico del Despacho de Abogados, por lo que como cualquier socio, tenía que asumir las pérdidas que se pudiera originar con ocasión de los servicios prestados por el Despacho de Abogados a sus clientes.
 - j. Que los ingresos del demandante eran superiores a los ingresos que podía devengar un abogado que fuera contratado bajo el esquema de una relación laboral.
 - k. Que para el supuesto que se pudiera considerar que existió una relación laboral entre las partes, el demandante era un trabajador de dirección, además que las sociedades codemandadas no conformaban un grupo de empresas, porque no se encontraban sometidas a una administración o control común, así como no tenían una misma denominación, aunando a que la cantidad de USD 20,000.00 que el demandante alegó que era parte de su salario mensual, era un pago con carácter accidental, por lo que no formaba parte del salario base de cálculo de los beneficios reclamados por el demandante en la demanda.

1. Que la supuesta y negada relación laboral, no terminó por despido injustificado del demandante, porque éste inclusive suscribió un finiquito con las codemandadas con ocasión de la terminación de la relación laboral.

2. De la Decisión

La SCS del TSJ en la sentencia N° 375 dictada por la SCS del TSJ en fecha 21 de octubre de 2019 en el caso: *Omar Enrique García Bolívar*, sostuvo que entre las partes existió una relación laboral, porque del demandante: (i) suscribió un contrato de trabajo; (ii) prestó servicios exclusivos; (iii) cumplió con una jornada de trabajo; (iv) tuvo acceso a información confidencial; (v) estuvo sometido a la subordinación de una sociedad extranjera; (vi) recibió el pago de un salario como contraprestación por sus servicios; (vii) no asumía pérdidas; (viii) prestó servicios con bienes de las codemandadas; y (ix) constituyó unas sociedades en el extranjero, sólo para recibir el pago de las sociedades extranjeras.

Del mismo modo, encontramos que la SCS del TSJ declaró que el demandante era un trabajador de dirección del Despacho de Abogados por las funciones que desempeñó, por lo que no le correspondía la indemnización por despido injustificado regulada en el artículo 125 de la LOT, sino la prevista en el artículo 104 de la LOT.

Por otra parte, la SCS del TSJ señaló que se configuró un grupo de empresas entre las codemandadas, porque en su criterio éstas tenían una denominación común, además que supuestamente habría quedado demostrado que realizaban una actividad integrada.

Es así, como en la sentencia se estableció:

“Determinado lo anterior, de todo el análisis del material probatorio, conjuntamente con el test de dependencia realizado, se evidencia en principio que la parte demandada no logró desvirtuar con las pruebas cursantes en autos la presunción de laboralidad que operó en el presente asunto a favor del actor, asimismo, de las pruebas se desprende que quien giraba órdenes e instrucciones era una entidad de trabajo radicada fuera del territorio

nacional, de igual forma, se evidencian indicios importantes para determinar que la prestación de servicios del actor era de manera exclusiva e implicaba subordinación, estando el accionante sujeto a un horario de trabajo, no pudiendo prestar servicios similares o diferentes a los pactados en el contrato de trabajo con otra entidad de trabajo, se evidencia que fue pactado un salario mensual, que los implementos de trabajo eran propiedad de la demandada, que el actor cumplía directrices de su patrono, que los riesgos eran asumidos por el patrono, de modo tal que, esta Sala adquiere la plena convicción que el ciudadano Omar Enrique García Bolívar prestaba servicios bajo dependencia de Macleod Dixon S.C. por lo que la naturaleza jurídica de la prestación de servicios era de índole laboral, ello en razón de que se encuentran presentes en el caso concreto los elementos característicos de una relación de trabajo como son la ajenidad, el salario y la subordinación. Así se decide.

[...]

Siendo ello así se concluye que en el presente caso Macleod Dixon S.C., Macleod Dixon E.L.P. y Macleod Dixon L.L.P., se dedican en sus países a actividades comunes que evidencian su integración, ello es la prestación de servicios profesionales de asesoría en el área jurídica, utilizan una idéntica denominación, marca o emblema, también de las preguntas efectuadas a la parte demandada en la audiencia de fecha 30 de mayo de 2018, se evidencia que la parte demandada señala que Glenn Fass que fungía como miembro del comité ejecutivo de Macleod Dixon S.C. también era socio de Macleod Dixon L.L.P. ubicada en Canadá, probándose con ello que existía identidad entre los miembros del órgano executor de las decisiones de Macleod Dixon, S.C. con Macleod Dixon E.L.P., con lo cual se constata que fueron demostrados los supuestos establecidos en el artículo 21, parágrafo segundo, literales “c” y “d” del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y en consecuencia se declara la procedencia del grupo de empresas y la responsabilidad solidaria de las co-demandadas Macleod Dixon S.C., Macleod Dixon L.L.P. y Macleod Dixon E.L.P., con respecto a las obligaciones laborales contraídas con el ciudadano Omar Enrique García Bolívar. Así se decide”.

3. Observaciones a la Decisión

Una vez realizada la evaluación de: (i) los hechos controvertidos en la causa; (ii) los argumentos de las partes; (iii) las pruebas promovidas por las partes; (iv) los fundamentos expuestos por la SCS del TSJ, a continuación exponemos nuestras observaciones.

- a. Consideramos, que la SCS del TSJ por aplicación de la Recomendación 198 de la OIT y el principio de la realidad sobre las formas y apariencias, que se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 18 del DLOTTT y en el numeral 1 del artículo 89 de la CRBV, podía declarar que la relación jurídica que existió entre las partes, no era una relación laboral, sino una relación societaria, teniendo en cuenta que la SCS del TSJ en la sentencia N° 489 dictada en fecha 13 de agosto de 2002 en el caso: *Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (Fenaprodo-CPV)*, señaló:

“Bajo este esquema, y adminiculando entonces al caso en concreto las posiciones interpretativas, doctrinarias y jurisprudenciales explanadas precedentemente; emerge la necesidad de indagar si la calificación como laboral atribuida por el ad-quem a la relación jurídica in comento, se corresponde con aquella derivada de la noción del trabajo dependiente y por cuenta ajena.

Ante tal requerimiento, el principio constitucional de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, no puede limitar su utilidad sólo a aquellas situaciones donde lo oculto es la relación de trabajo, sino que puede ser un instrumento eficaz para otras, donde lo aparente son precisamente las notas de laboralidad.

Así, resulta conveniente inquirir la naturaleza real de la demandada, conforme con lo que la doctrina extranjera se ha dedicado en categorizar como “el levantamiento del velo de la persona jurídica”, entendido “como la técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, (levantar su velo) y así examinar los reales intereses

que existen o laten en su interior”. (Ricardo de Ángel Yáñez, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Cuarta Edición, Editorial Civitas, página 44)”.

- b. Consideramos, que los Magistrados dejaron de aplicar la doctrina desarrollada por la SCS del TSJ en la sentencia N° 808 dictada en fecha 11 de junio de 2008 en el caso: *Hoet, Peláez, Castillo & Duque Abogados*, que fuera ratificada en la sentencia N° 1094 del 8 de octubre de 2010 en el caso: *Torres, Plaz & Araujo*, por lo que se viola el principio de confianza y seguridad jurídica previsto en los artículos 21, 22 y 26 de la CRBV.

En la sentencia N° 808 dictada en fecha 11 de junio de 2008 en el caso: *Hoet, Peláez, Castillo & Duque Abogados*, se determinó:

“No obstante, dicha presunción necesariamente debe tener un límite, y serán aquellos contratos que sean alegados y probados, en el cual también tengan por objeto la prestación personal de un servicio, pero que generen consecuencias jurídicas distintas a las de un contrato de naturaleza laboral.

En este sentido, encuentra oportuno esta Sala citar al laboralista patrio Rafael Alfonso Guzmán y reafirmar que <<...*No basta, ..., la sola actividad personal para probar el contrato de trabajo, si otra clase de contratos lícitos, válidamente celebrados, por reunir los requisitos exigidos para su perfeccionamiento y eficacia legal, atribuye a esa actividad personal efectos jurídicos distintos de los propios del contrato laboral...*>> (Subrayado de la Sala).

De tal manera que, no siempre las prestaciones personales de servicios profesionales son de naturaleza laboral, mas aun cuanto las condiciones del servicio, como en el caso de los abogados asociados a una Firma Jurídica, obedecen a un contrato de naturaleza distinta a la laboral, como lo es un contrato civil de asociación, tal y como ocurre en el presente caso.

En este orden de ideas, en el caso objeto de estudio, es aceptado y reconocido por las partes, que la actora, finalizada la relación laboral existente con la demandada, mediante la celebración en dos oportunidades de un <<Contrato de Asociación>>, prestaba sus

servicios profesionales, como Abogada Asociada de la empresa, en la que recibía un anticipo mensual como participación y el resto estaba subordinado a que los horarios facturados a los clientes sean efectivamente cobrados, debiendo devolver a la firma con dinero de su peculio, a falta de pago de las facturas por parte de los clientes, aquellos adelantos mensuales previamente recibidos, sin embargo, arguye la actora que dichos contratos fueron celebrados para simular una relación de naturaleza laboral.

[...]

Así pues, acertadamente la Alzada distribuye la carga de la prueba en el presente caso, evidenciándose en autos, que la Juzgadora del Superior, analizó las pruebas promovidas por ambas partes, concluyendo que la simulación alegada por la actora no logró ser demostrada por ésta, y en consecuencia, el análisis y valoración de las pruebas aportadas por la demandada en el juicio, la llevan a la convicción de que la naturaleza jurídica de la relación discutida no es laboral, *desvirtuándose así la presunción de laboralidad existente*".

Asimismo, en la sentencia N° 1094 del 8 de octubre de 2010 en el caso: *Torres, Plaz & Araujo*, se afirmó:

“El artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que <<*Se entiende por trabajador la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra. La prestación de sus servicios debe ser remunerada*>>.

En innumerables sentencias esta Sala ha ratificado el criterio establecido respecto a la interpretación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, así ha expresado reiteradamente que de conformidad con el artículo mencionado el trabajador debe demostrar la prestación de servicio personal –hecho constitutivo de la presunción de relación laboral– para que el tribunal establezca el hecho presumido por la Ley –existencia de una relación de trabajo–. Al tratarse de una presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario, por lo que el pretendido patrono puede alegar en su contestación y, posteriormente demostrar dentro del proceso la existencia de un hecho o varios hechos que desvirtúen la existencia de la relación de trabajo, por no cumplirse las condiciones para su existencia, como es: la labor por cuenta ajena, la subordinación o dependencia y el salario o remuneración.

En el caso concreto, la recurrida aplicó correctamente la presunción establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, arriba explicada, cuando estableció que la demandada tenía la carga de demostrar que la relación que existió fue distinta a la laboral. Adicionalmente, la recurrida analizó correctamente la definición de trabajador y los elementos característicos de la relación de trabajo previstos en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo y ello se pone en evidencia, cuando aplica el test de laboralidad para determinar si los hechos establecidos por la apreciación de las pruebas, desvirtuaron los elementos de la relación de trabajo, llegando a la conclusión de que la demandada logró desvirtuar la presunción de laboralidad y demostró que la prestación de servicio por parte del actor, no contiene todos los elementos constitutivos de una relación de trabajo: subordinación, ajenidad y salario de un contrato laboral, declarando que la prestación de servicio se correspondió con una relación de carácter societario.

Así las cosas, no existe el motivo de casación sustentado en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo”.

- c. Consideramos, que también se viola el principio de confianza y seguridad jurídica previsto en los artículos 21, 22 y 26 de la CRBV, cuando en la sentencia se declarada la solidaridad laboral del grupo de empresas, siendo que la doctrina de la SCS del TSJ en la sentencia N° 1633 dictada en fecha 14 de diciembre de 2004 en el caso: *Abbott Laboratories, C.A.*, que fuera ratificada por la SCS del TSJ en la sentencia: (i) N° 305 dictada en fecha 16 de abril de 2012 en el caso: *Crawford Venezuela Ajustadores de Pérdidas, C.A.*; y (ii) N° 33 dictada en fecha 28 de febrero de 2013 en el caso: *Asea Brown Boweri (ABB)*, se estableció que en el supuesto de grupos de empresas multinacionales, no resulta aplicable la solidaridad laboral, porque la SCS del TSJ considera que la legislación laboral es de aplicación territorial.
- d. Consideramos, que la SCS del TSJ pudo haber declarado SIN LUGAR la demanda interpuesta por el demandante, con base en los elementos probatorios que fueron promovidos y evacuados por las partes, porque quedó demostrado que la relación jurídica que existió entre las partes era una relación societaria, en la que

el demandante asumía las pérdidas del giro comercial del Despacho de Abogados, además que debía contribuir con los gastos en los que incurría en la sociedad, sin que estuviera sometido a subordinación, siendo que su ingreso dependía de la facturación a los clientes del Despacho de Abogados, por lo que la relación jurídica que existió entre las partes no era una relación laboral.

III. Conclusiones

- a. Que el principio de la realidad sobre las formas y apariencias, que se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 18 del DLOTTT y en el numeral 1 del artículo 89 de la CRBV, puede ser utilizado para declarar que la relación jurídica que existió entre las partes, no es una relación laboral, como lo reconoció la SCS del TSJ en la sentencia N° 489 dictada en fecha 13 de agosto de 2002 en el caso: *Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (Fenaprodo-CPV)*, que fuera ratificada por la SC del TSJ en la sentencia N° 896 dictada en fecha 12 de julio de 2013 en el caso: *Televisión de Margarita, C.A.*
- b. Que las partes pueden someter a arbitraje el conflicto que se origine con ocasión de la reclamación que sea presentada para determinar la existencia de una relación laboral, con base en lo dispuesto en la recomendación 198 de la OIT.
- c. Que el aporte de los socios a una sociedad civil, no necesariamente tiene que ser un aporte en dinero (capital), sino que puede ser un aporte en industria.
- d. Que un socio de un Despacho de Abogados puede recibir una asignación mensual para cubrir sus gastos que sea compensable contra los dividendos que le correspondan con ocasión del giro económico de la sociedad, sin que se pueda entender que el mismo recibe el pago de un salario.
- e. Que en la relación que exista entre los socios debe predominar la buena fe, por lo que cualquier acción que se origine con ocasión de disputas entre los socios, tendría que ser una acción de naturaleza civil o mercantil.

LA TUTELA DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Oscar Hernández Álvarez*

SUMARIO

I. Importancia del trabajo autónomo en América Latina. Breve comparación con la realidad europea. II. El trabajo sin tutela: verdaderos y falsos autónomos. Insuficiencia social de la tutela al trabajo subordinado. III. El trabajo autónomo como objeto de tutela. Planteamientos doctrinarios. IV. La regulación legal del trabajo autónomo en el Derecho Internacional. V. La regulación legal del trabajo autónomo en América Latina. 1. Tutela a través de la seguridad social. 2. La tutela a través de la protección social. 3. La tutela mediante el reconocimiento de los derechos colectivos. 4. Tutela a través de la jurisdicción social. 5. Tutela de las condiciones de higiene y la seguridad en el trabajo. 6. Tutela de las condiciones de empleo y la remuneración. VI. Conclusiones.

Uno de los problemas que debe afrontar el iuslaboralismo del Siglo XXI es el de determinar si el Derecho del Trabajo debe restringir su tutela al trabajo dependiente o subordinado o si, por el contrario, debe extenderla a los trabajadores autónomos. A este reto voy a referirme en esta oportunidad.

I. Importancia del trabajo autónomo en América Latina. Breve comparación con la realidad europea

El tema del trabajo autónomo puede considerarse, a nivel mundial entre los más importantes de la agenda laboral del siglo XXI. Esto explica la frecuencia de eventos en los que se busca examinar los problemas de los trabajadores autónomos y de los medios de tutela que las normas del trabajo y los les ofrecen y aquellos que podría y debería ofrecerles.

Este tema, sin duda importante en Europa, es aún más importante para América Latina, pues en esta región el trabajo autónomo tiene

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Lisandro Alvarado y Profesor invitado en varias universidades. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y del Instituto Venezolano de Derecho Social. Individuo de Número y Presidente Honorario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

características que la hacen más vulnerable de lo que es en la región europea. En Europa, de acuerdo a cifras de EUROFOUND, para el año 2012 había un 15,2 % de trabajadores por cuenta propia. De ese total 23,4%, 21,1% y 16,8,· % corresponden, respectivamente a los países que para ese momento encabezan este rubro (Italia, Portugal y España), mientras que Alemania, Francia y Dinamarca están por debajo del 8%, Estas cifras suponen un aumento en relación a las registradas en el año 2007, cuando el porcentaje de trabajadores autónomos en la UE fue 10,5% Para el año 2003 el porcentaje era del 12,38% Como se ve, el porcentaje de autónomos fluctúa y, aparentemente, crece con las dificultades económicas. En tanto en América Latina, al porcentaje de autónomos, incluyendo a los trabajadores rurales, es de alrededor del 40%. (Más del 50% en Perú, Honduras, Colombia y Bolivia y alrededor del 29% en Chile, Uruguay y Argentina).

Los problemas del trabajo autónomo en América Latina son más graves, no sólo por su extensión, sino también por razones de calidad. Mientras que en Europa parte considerable del trabajo autónomo es realizada por profesionales independientes, en América Latina el trabajo autónomo no profesional representa alrededor del 60% del total del trabajo autónomo. También debe señalarse que en América Latina la presencia de mujeres en el trabajo autónomo es frecuente en posiciones de menor estatus. Además, los problemas del trabajo autónomo están estrechamente vinculados a los problemas del trabajo informal, el cual tiene una gran presencia en la región, hasta el punto de que aproximadamente el 50% de los trabajos se lleva a cabo en el sector informal, el cual tiene grandes índices de crecimiento, calculándose que por cada diez nuevos puestos de trabajo, siete se crean en el sector informal. De hecho, en América Latina, la mayoría de los trabajadores autónomos es informal.

II. El trabajo sin tutela: verdaderos y falsos autónomos. Insuficiencia social de la tutela al trabajo subordinado

El centro de la tutela otorgada por el Derecho del Trabajo está constituido por el trabajo subordinado. Esto significa que un importante sector de los trabajadores, los llamados trabajadores autónomos, no gozan de la protección legal propia de esta disciplina, aun cuando, en muchos

casos, tienen las mismas características (debilidad económica e imposibilidad práctica para proteger por sí solos sus propios intereses profesionales), que históricamente han justificado la tutela que el Derecho del Trabajo ofrece a los trabajadores dependientes.

La restricción del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo al trabajo dependiente, ha traído consecuencias negativas, no sólo para los trabajadores que de una manera indiscutible prestan servicios en condiciones de verdadera autonomía. Tal restricción supone que, en caso de duda, la determinación sobre la aplicabilidad o no de la legislación laboral a una situación concreta, requiera una evaluación de la relación jurídica a través de la cual se realiza la prestación del servicio, para determinar si se trata de una relación trabajo que comporta los elementos esenciales de la prestación del servicio, la remuneración y la subordinación, supuesto de hecho sujeto a las normas de la Derecho del Trabajo o si, por el contrario, se trata de otro tipo de relación jurídica de carácter civil o comercial, con sujeción a una de estas normativas. Esta evaluación puede implicar muchas dificultades, porque, como bien señaló la OIT, la relación de trabajo puede ser enmascarada u objetivamente ambigua, surgiendo en ambos casos “la incertidumbre respecto de cuál sea el alcance de la Ley, de manera que puede ocurrir que la protección que ésta ofrece sea neutralizada”.¹

Las normas del Derecho del Trabajo conceden a los trabajadores un determinado grado de protección jurídica a través de la cual se pretende contrarrestar la desigualdad en el orden económico y social en el cual se encuentran ante su empleador, pretendiendo alcanzar condiciones más favorables para la búsqueda del ideal de justicia social. Por ello se ha afirmado que con tales normas se pretende restablecer, con un privilegio legal, la igualdad social. Esta protección especial, que constituye un privilegio para el trabajador, supone una carga correspondiente para el empleador, en cuanto limita su libertad de acción en la empresa y aumenta sus costos de producción. Buena parte de los empleadores acepta de manera pacífica tal carga, no sólo por el respeto y la obediencia a la ley, sino también por su convicción de que ésta, al crear normas que

¹ Oficina Internacional del Trabajo, *La Relación de Trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe V (1), Ginebra, 2005.

ayudan a controlar la fuerza de trabajo, contribuye al establecimiento de un marco institucional dentro del cual es más factible lograr un sistema adecuado de relaciones laborales, que canaliza la oposición de intereses que, de otra manera, podrían generar conflictos graves y negativos para el propósito general de la producción.

Sin embargo, algunos empleadores tratan de escapar de los costos y las limitaciones presentadas por la legislación laboral y, para ello ocultan las relaciones de trabajo que mantienen con sus trabajadores bajo la máscara de un vínculo jurídico de una naturaleza distinta de la laboral, por lo general de una naturaleza civil o comercial. Se trata entonces, de los casos de fraude laboral o enmascaramiento de las relaciones de trabajo, muy presentes en América Latina, hasta el punto de que puede decirse que el fraude laboral, conjuntamente con la ineficacia de la legislación, asume el papel de vía de escape ante el carácter prevalentemente garantista propio del Derecho del Trabajo latinoamericano.²

Además de la existencia, cada vez más extendida en América Latina, del fraude laboral, hay situaciones en las cuales los elementos esenciales de la relación de trabajo no aparecen de manera clara e indudable. “En estos casos,” señala el informe citado informe de la OIT “no existe una intención deliberada de ocultar la realidad, pero puede haber más bien la duda genuina acerca de si existe o no una verdadera relación de trabajo”. Estas dudas pueden surgir de las muy diversas y cambiantes modalidades que pueden ser adoptadas entre quienes prestan un servicio y quienes pagan por ello.

A pesar de que América Latina se enfrenta a todas las dificultades de las naciones en vías de desarrollo, su Derecho del Trabajo, fuertemente inspirado por la acción de la OIT, es susceptible, en general, de ser objeto de una cómoda comparación con los sistemas jurídicos laborales de otras regiones más desarrolladas, como Europa. De hecho, el nivel de la protección jurídica legislativa y judicial que los estados latinoamericanos proporcionan las relaciones de trabajo dependiente, es en líneas generales, superior a la que se presta en algunos países industrializados,

² Sobre el tratamiento de este tema en Venezuela puede verse, del autor, *Relaciones de Trabajo Encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral venezolano*, Ensayos Laborales, Fernando parra Aranguren (editor), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 383-436.

que como los EE.UU. o el Japón, privilegian la acción autónoma de las partes y no la intervención estatal a través de la legislación.

De hecho, el gran déficit en la sociedad latinoamericana en relación a sus trabajadores no es la existencia de una adecuada legislación laboral, sino su ineficiencia y la falta de un adecuado sistema de seguridad social. En los sectores en los cuales la legislación laboral tiene un nivel relativamente normal de cumplimiento, los trabajadores gozan de una relativa protección en lo que respecta a su remuneración y el pago de diversos beneficios establecidos por la ley o por convenios. La gran dificultad que experimentan muchos trabajadores que gozan de la tutela legislativa del trabajo, aparece cuando se enfrentan a las contingencias que pueden no atender adecuadamente con su remuneración. Cuando un trabajador se enferma, muere, cuando pierde su trabajo o cuando se hace viejo y pierde sus facultades productivas, el Derecho del Trabajo no es más un instrumento adecuado de ayuda. Es entonces cuando la Seguridad Social debería dar a los trabajadores la ayuda que ya no les da el Derecho del Trabajo. Lamentablemente, la Seguridad Social parece inadecuada en muchos países de América Latina para cumplir esta importante misión. De hecho, por una parte, los sistemas existentes no dan una suficiente protección a sus afiliados, pero, además, el número de afiliados es, en casi todos los países, muy bajo respecto a la totalidad de la población.

III. El trabajo autónomo como objeto de tutela: planteamientos doctrinarios

La situación que venimos de exponer ha despertado el interés de la doctrina iuslaboralista por el tema del trabajo autónomo, tema que tradicionalmente estuvo considerado fuera de su ámbito. Aun cuando tal interés ha arreciado en las últimas décadas, no puede decirse que sea totalmente nuevo. Ya en 1939 el profesor Rafael Caldera, de Venezuela, definía al Derecho del Trabajo como “el complejo de normas jurídicas que se aplican al hecho social trabajo”, con lo cual apunta a un objeto mucho más amplio que el trabajo subordinado.³

³ Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo*, Caracas, 1939, p.55.

En España, en 1966, Bayón Chacón y Pérez Botija, refiriéndose a contratos no comprendidos por la Ley española de Contrato de Trabajo, decían: “tales formas de actividad son verdadero trabajo, regido por contratos a él relativos, y que junto al contrato de trabajo estricto cabría considerar otros tipos posibles de contratos de trabajo”. Para continuar: “Consideramos un profundo error tratar de paralizar la regulación jurídico-laboral de verdaderos y efectivos trabajos, por respecto técnico a ciertas categorías jurídicas”.⁴

Más recientemente, el profesor Dominicano Lupo Hernández Rueda escribió “El nuevo Derecho Laboral, es, por lo tanto, más cerca de las ideas de Lotmar, que concibe esta disciplina como” un conjunto de normas que regulan el trabajo humano “; más cerca toda la teoría integral de Trueba Urbina es el concepto del trabajo como hecho social, que trasciende el trabajo humano dependiente, subordinado.⁵ En el mismo sentido, un estudioso de generaciones más jóvenes, el mexicano Carlos De Ben Una, apunta: “El Derecho del Trabajo debe ampliar sus horizontes. No hay ninguna razón basada en la justicia social para que el Derecho Civil continúe a ocuparse, sin la protección necesaria, del esfuerzo de muchos trabajadores que, sin la presencia más o menos clara de un empleador que se beneficie directamente a sus servicios, sigan estando sujetos a la ley de un mercado que siempre termina por subordinarlos y por enajenar (en el sentido de hacerlos propios) los frutos de su actividad”.⁶

En Italia, Giuseppe Santoro-Passarelli, fundamentándose en el artículo 35 de la Constitución italiana que establece que “la República tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones”, afirma que “el objeto del Derecho del Trabajo no puede estar limitado solamente al trabajo subordinado sino al trabajo en todas sus formas y aplicaciones con exclusión obviamente de la empresa mediana la cual encuentra su fundamento constitucional en el art. 41 constitucional”.⁷

⁴ G. Bayón Chacón y E. Pérez Botija, *Manual de Derecho del Trabajo*, D. Marcial Pons. Libros Jurídicos, Madrid, 1966, p. 33.

⁵ Lupo Hernández Rueda, *Estudios de Derecho del Trabajo*, Santo Domingo, 1996, p. 122

⁶ Carlos De Ben Una “¿El Derecho de que Trabajo?” en *Revista Derecho del Trabajo*, N° 2 Fundación Universitas, Barquisimeto, 2006, p. 63.

⁷ Giuseppe Santoro-Passarelli, *Diritto Dei Lavori*, G. Giappichelli Editore, Roma, 2009, p. 16. Traducción del autor.

IV. La regulación legal del trabajo autónomo en el derecho internacional

Así como en las legislaciones nacionales el Derecho del Trabajo se fue desarrollando en función de la regulación del trabajo subordinado, dejando a un lado el trabajo autónomo o independiente, igualmente el Derecho Internacional del Trabajo ha prestado poca atención a esta modalidad laboral.

En el caso de la OIT la preocupación más visible ha sido la de proteger a los trabajadores dependientes de los riesgos que para ellos representa la imposición de formas contractuales fraudulentas de autonomía, tendientes a despojarlos de la protección que les otorga la legislación laboral. Así, la Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193), propone que las políticas velen por la no creación o utilización de cooperativas para evadir la legislación laboral, ni para establecer relaciones de trabajo encubiertas.

La Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) es un vivo ejemplo de cómo dentro de la OIT ha habido una preocupación real por la suerte de los trabajadores que se encuentran en una situación distinta de la tradicional relación de trabajo subordinada, pero también de cuáles son las limitaciones y obstáculos con que tal preocupación ha tenido que enfrentarse.

En un primer momento el interés de la OIT se manifestó en el tratamiento del tema del denominado trabajo en subcontratación. Así, en noviembre de 1993 el Consejo de Administración comenzó a examinar dicho tema y en abril de 1995 decidió inscribirlo en el orden del día de la 85 Conferencia Internacional del Trabajo que se reuniría en Junio de 1997. Las dificultades del tema, entre ellas las de naturaleza idiomática y las posiciones encontradas entre los grupos de gobiernos, los empleadores y los trabajadores, dieron lugar a una situación poco frecuente en la vida de la Organización, de manera que la Conferencia, en 1988, rechazó un proyecto de norma que se había elaborado en la conferencia anterior. En su lugar, la Conferencia, reconociendo hasta qué punto el tema era importante para los delegados, aprobó una Resolución en que toma nota de que la Comisión del Trabajo en Subcontratación había comenzado a identificar las situaciones en las cuales los trabajadores

precisan protección y había hecho progresos en tales temas e invitó al Consejo de Administración a dar instrucciones al Director General para proseguir los estudios sobre estas cuestiones, organizar reuniones de expertos con tal fin y a incluirlas en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia a celebrarse en un plazo no mayor de cuatro años. Los estudios, basados en un esquema común, debían identificar aquellas categorías de situaciones en los cuales los trabajadores tienen necesidad de protección. Debían evitar terminologías confusas, difíciles de traducir y sin base jurídica y los autores debían más bien describir los problemas de protección, en derecho o en la práctica, en cuatro situaciones que fueron previamente identificadas: trabajo dependiente, trabajo dependiente en situación triangular, trabajo independiente y trabajo independiente en condiciones de dependencia. Como puede observarse, en el tema objeto de estudio y preocupación de la OIT se incluyeron dos categorías de trabajadores autónomos.

Se ordenaron estudios preparados por expertos de diversos países, se realizaron reuniones regionales de expertos y en mayo de 2000 se realizó en Ginebra una reunión internacional de expertos. Todos estos trabajos orientados de manera muy neutra y vaga, al tema que se denominó “protección de los trabajadores en ciertas situaciones”. Enrique Marín Quijada, ex funcionario de la OIT que tuvo un papel muy importante en la conducción de los estudios, observa que “No se sabía cómo definir a los trabajadores sobre los cuales se estaba discutiendo, pero al menos se sabía que eran trabajadores sin protección”. “Los estudios de la OIT”, dice Marín Quijada, “permitieron pasar a otra etapa en la reflexión internacional. Esos estudios dejaron ver claramente que el problema de los trabajadores sin protección era un problema relativo al ámbito de la relación de trabajo pues esos trabajadores quedaban como fuera del foco de la legislación; o, simplemente, de la relación de trabajo”.⁸

De esta manera se llegó a la discusión y adopción en 2006 de una Recomendación sobre la relación de trabajo, en la cual el tema de los

⁸ Enrique Marín Quijada, “Confusión y fraude en la relación de trabajo. La recomendación 198 de la OIT”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitat, Barquisimeto, N° 7, p.220.

trabajadores autónomos tiene un tratamiento marginal, no obstante la relevancia que había tenido en los trabajos preparatorios, sobre todo en relación a la figura de los trabajadores independientes con dependencia económica, que fue objeto de detenido análisis en los referidos trabajos y que llegó a tener influencia en la legislación de varios países. En efecto, la Recomendación 198 centra su objetivo en “la protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo” y establece claramente que “la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales”, de manera que no comprende a los trabajadores autónomos. No obstante, para los denominados “falsos autónomos”, resulta importante que el hecho de que la política nacional en la materia incluya medidas tendientes a luchar contra las relaciones laborales encubiertas como lo postula el punto 4 b) de la Recomendación.

En la Unión Europea, como lo releva la tesis doctoral de Sira Pérez Argulla, desde hace décadas se ha comenzado a prestar cierta atención a los trabajadores autónomos, especialmente respecto de concretas temáticas, existiendo numerosos documentos o bien dedicados en forma exclusiva a estos trabajadores o que hacen referencia a ellos y que, en ambos casos, rechazan la tradicional marginación de los mismos.⁹

Pero la producción legislativa en relación al tema ha sido modesta y referencial. Podemos citar cinco directivas que hacen una referencia particular a los trabajadores autónomos: la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de noviembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluida la agrícola, así como sobre la protección de la maternidad; la Directiva 92/57/CEE 18 de febrero de 2003 relativa a disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcciones temporales o móviles; la Directiva 92/29 del 31 de marzo de 1992 del Consejo relativa a una mejor asistencia médica en los buques y la Directiva 2001/45/CE del Consejo de fecha

⁹ Sira Pérez Argulla, *Trabajo Autónomo: un estudio jurídico*, Tesis presentada para la colación del grado de Doctor bajo la dirección del Profesor Dr. Alfredo Montoya Melgar, Madrid, 2008.

27 de junio de 2001 relativa al trabajo en portales de altura y la Directiva 2002/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte de carretera.

Es de destacar que en la referida Directiva 86/613/CEE se incorpora un concepto de trabajador autónomo, el cual se define como “toda persona que ejerza en las condiciones previstas en el derecho nacional, una actividad lucrativa, por cuenta propia, incluidos los agricultores y los miembros de las profesiones liberales”.

La más importante normativa en la materia, en cuanto está dedicada especialmente al trabajo autónomo, la encontramos en el área del derecho no vinculante o *soft law*. Se trata de la Recomendación del Consejo de Europa de fecha 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y seguridad en el trabajo de los autónomos, en cual se orienta a los Gobiernos para que tomen las medidas necesarias para que los trabajadores autónomos reciban una formación e información adecuada y responsable sobre esta materia y para fomentar la seguridad y salud de los autónomos.

Por otra parte, un tema que tiene gran conexión con el trabajo autónomo y que ha sido objeto de gran interés por parte de la Unión Europea, es todo lo relativo a las políticas de fomento del autoempleo.

V. La regulación legal del trabajo autónomo en América Latina

Como se ha visto, en América Latina la subordinación sigue siendo el criterio predominante para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, lo cual comporta la exclusión del trabajo autónomo de ese ámbito. No obstante, la creciente preocupación por la suerte de los trabajadores autónomos se refleja algunas normas tanto constitucionales como legislativas. Varias constituciones proclaman el deber del Estado de tutelar el trabajo en sus diversas modalidades, con lo cual se considera que el trabajo autónomo está comprendido dentro de esa tutela. Declaraciones generales de protección al trabajo pueden verse en las constituciones de Argentina (art. 14 bis), Ecuador (art 325), Uruguay (art. 53) y Venezuela (art. 89). Pero el desarrollo normativo de esas

constituciones hace referencia fundamentalmente al trabajo subordinado. Caso especial es el del Ecuador, cuya constitución contiene varias normas especialmente referidas al trabajo autónomo. Así, así se establece que el Estado garantiza la seguridad social de los autónomos (art. 34 inciso segundo), Se reconoce a las jóvenes y los jóvenes el derecho de ser sujetos activos las labores de autosustento. Se reconoce y protege el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos, permitidos por la ley y otras regulaciones. Asimismo, se establece que el Estado impulsará la formación y capacitación para mejorar el acceso y calidad del empleo y las iniciativas de trabajo autónomo. (art. 329). Se reconoce a las mujeres la iniciativa del trabajo autónomo a las mujeres (art. 331).

Un estudio comparativo de las prácticas legislativas de tutela del trabajo autónomo nos permite distinguir varias modalidades tutelares. Veamos cuáles son estas modalidades y como se presentan en los países de América Latina:

1. Tutela a través de la seguridad social

En general, la protección de los trabajadores autónomos en los países latinoamericanos esta fundamentalmente en manos de la Seguridad Social. De hecho, la afiliación de los trabajadores autónomos en los programas de seguridad social es obligatoria en Brasil, Colombia, Ecuador y Uruguay . Ees voluntaria en Chile, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá y Venezuela. En Perú la afiliación es obligatoria para los trabajadores independientes menores de 40 años al mes de agosto de 2013 La ley 151 de Panamá, incluye, a sus efectos, en el concepto de «trabajadores» a todos aquellos que prestan un servicio remunerado en dinero o en bienes, ya sean dependientes o autónomos. Puede señalarse que, en general, la cobertura de los autónomos suele ser más limitada que la de los asalariados.

Pero en la práctica el número de los autónomos afiliados a los sistemas de seguridad social no es significativo. (10% de los afiliados en Colombia), siendo mínimo en algunos casos como en Venezuela y El Salvador. Entre las causas de la baja afiliación de los autónomos, está el hecho de que ellos deben pagar la totalidad de las cotizaciones, ya que

no existe un empleador que contribuya con el pago, ni el Estado se hace cargo del mismo.

2. La tutela a través de la protección social

En las últimas décadas se ha venido desarrollando un sistema de protección social que se define como el conjunto de políticas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, en particular los que carecen más de protección, a fin de obtener como mínimo el derecho a la salud, a la pensión y al trabajo. Este sistema ha tenido especial desarrollo en Colombia (Leyes 789 y 797 de 2003) y comprende, entre otros a los trabajadores autónomos.

3. La tutela mediante el reconocimiento de los derechos colectivos

El derecho a la organización colectiva de los autónomos está reconocido expresamente en Brasil (art. 511 inciso CLT), Costa Rica (CT art. 339), Chile (CT art. 216), El Salvador (CT Art. 208), Guatemala (CT art. 206) Honduras (CT art. 468), Panamá (CT art. 336) y Venezuela (LOT artículo 40).

En México, aun cuando no hay un expreso reconocimiento jurídico, existen incluso federaciones de trabajadores no asalariados.

En Venezuela se reconoce a los trabajadores no dependientes el derecho de celebrar acuerdos similares a las convenciones colectivas.

4. Tutela a través de la jurisdicción social

La tendencia a conferir competencia a la jurisdicción del trabajo para conocer las controversias de los llamados “parasubordinados” (trabajadores no dependientes jurídicamente pero que se encuentran en una situación de colaboración continuativa y coordinada con un empresario), como se ha visto, se manifestó originariamente con el artículo 409 n° 3 del Código de Procedimiento Civil Italiano y posteriormente en España, con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores Autónomos, para los trabajadores autónomos con dependencia económica.

En América Latina esta tendencia se ha manifestado en la enmienda constitucional N° 45 en el Brasil. En Colombia, los conflictos derivados de la falta de pago de las retribuciones correspondientes a los servicios prestados en condiciones de autonomía son conocidos por la jurisdicción de trabajo. En Venezuela se podría argumentar que la jurisdicción de trabajo es competente para conocer de las controversias relativas a la aplicación a los trabajadores autónomos, en la medida en que la misma proceda, de las Leyes Orgánicas del Trabajo y Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

Uno de los más manifestaciones más frecuentes de trabajo sin tutela es la de los “falsos autónomos” o relaciones de trabajo dependiente enmascarados bajo figuras civiles o comerciales, a las cuales nos hemos referido anteriormente. Compete a la jurisdicción del trabajo establecer la certeza de la aplicación del Derecho del Trabajo a estos falsos autónomos. En los países estudiados, existe una línea jurisprudencial en el sentido de afirmar la naturaleza propia de la relación de trabajo en estos casos de fraude a la ley o de enmascaramiento de las relaciones laborales, pero la misma no siempre es lo suficientemente sólida y sostenida.

5. Tutela de las condiciones de higiene y la seguridad en el trabajo

En Venezuela, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2005) afirma que en lo que respecta a la promoción de la seguridad y la salud en el lugar de trabajo y la prevención de accidentes y enfermedades profesionales, así como el estímulo e incentivos de programas para la recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social, sus disposiciones se aplican también a las actividades llevadas a cabo por los trabajadores no dependientes.

6. Tutela de las condiciones de empleo y la remuneración

En general, en los países latinoamericanos la determinación de las condiciones de empleo y remuneración de los trabajadores autónomos se ha confiado a la libre voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía individual y colectiva.

Algunas organizaciones colectivas de trabajadores autónomos, especialmente los profesionales y los transportistas públicos, alcanzan a establecer tarifas mínimas.

VI. Conclusiones

La subordinación ha sido durante mucho tiempo utilizada en América Latina como criterio determinativo del ámbito de aplicación de la legislación laboral. Esta actitud doctrinaria, legislativa y judicial y doctrinaria deja un gran porcentaje de trabajadores fuera de la protección prevista por la legislación laboral: los trabajadores autónomos. Esta falta de protección es mucho más grave si se tiene en cuenta los problemas de ineficacia de la legislación laboral, especialmente en el sector informal o no estructurado de la economía, que incluye alrededor de cincuenta por ciento de la población económicamente activa en la región. Por lo tanto, se puede decir que la inexistencia de una adecuada protección del trabajo autónomo es una carencia de la política social en los países de América Latina.

Estas consideraciones nos llevan a una pregunta difícil. ¿Quién debe tutelar el trabajo autónomo y mediante cuáles modalidades? Hemos visto como, desde hace tiempo, importantes autores de Derecho del Trabajo, ha expresado su opinión de que el objeto de esta disciplina no debería restringirse al trabajo subordinado, sino comprender el trabajo en general. Otros, sin embargo, insisten en que la tutela de los trabajadores autónomos corresponde a otras disciplinas. Así, Montoya Melgar afirma *“que la protección de los trabajadores por cuenta propia tradicionales debe ser encomendada más bien a la normativa propia de la Seguridad Social, con independencia de la posible aplicación puntual de determinados aspectos importados del Derecho del Trabajo dirigido a los trabajadores dependientes”*.¹⁰

Dada la premisa de que el trabajo autónomo requiere una tutela legal y la constatación de que los códigos y las leyes del trabajo se

¹⁰ Alfredo Montoya Melgar, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo en Trabajo autónomo y trabajo subordinado en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo”, *Estudios en homenaje al Profesor Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, 1999.

ocupan en prevalencia de regular el trabajo subordinado, corresponde hacerse otra pregunta, no menos difícil. ¿Sería el Derecho del Trabajo, el instrumento adecuado para proveerla? En nuestra opinión, el hecho de que las legislaciones del trabajo tengan en el trabajo subordinado el centro de su atención, se explica en buena parte por razones técnicas y no sólo por motivos ideológicos. De hecho, la extensión pura y simple del Derecho del Trabajo a los trabajadores verdaderamente independientes, se encuentra con la dificultad de que la mayor parte de la tutela laboral individual está concebida sobre la base de derechos del trabajador exigibles a un empleador, a quien se imponen correlativas obligaciones. Sin embargo, el trabajador verdaderamente autónomo —a diferencia entre los trabajadores dependientes enmascarados con ropa de independiente—, no tiene un empleador. No hay un empleador al cual se pueda exigir el pago de un salario mínimo, de recargo horas extraordinarias, el respeto del descanso semanal o las vacaciones. Por lo tanto, no es fácil la aplicación mecánica de las instituciones de Derecho del Trabajo, especialmente del individual, a trabajadores autónomos. Estas instituciones no pueden ser trasplantadas al trabajo autónomo, el cual podría encontrar una adecuada tutela a través de instrumentos diferentes al Derecho del Trabajo

Cabe señalar, sin embargo, que el Derecho Colectivo de Trabajo tiene una naturaleza de orden institucional diferente a la naturaleza obligacional de los derechos individuales y que algunas de sus instituciones, especialmente los derechos de acción sindical y de huelga, se ejercen como derechos públicos subjetivos y no sólo como derechos potestativos ejercitables sólo ante el empleador. Por lo tanto, los trabajadores autónomos pueden organizarse en sindicatos a fin de desarrollar su autotutela y eventualmente la creación de normas de protección. Ciertamente, buena parte de esta acción colectiva se dirigirá hacia el Estado, el cual deberá garantizar a los autónomos ciertos derechos, posiblemente a través de la seguridad social o de políticas similares. Ello requerirá, sin duda, una extensión o reestructuración de la Seguridad social, que deberá superar los límites del trabajo subordinado así como de las contribuciones calculadas sobre la base el salario. Se requerirá, asimismo, el desarrollo de una disciplina de la protección social, que permita al Estado, más allá de las dificultades técnicas y financieras del Derecho

de Trabajo y de la Seguridad Social, proveer a todos los ciudadanos que lo necesitan, independientemente de su condición de trabajador, una asistencia adecuada para hacer frente a las contingencias de su vida que no pueden superar por sí solos. La construcción de este sistema de protección social es uno de los grandes desafíos que el siglo XXI presenta a los políticos y todos los científicos sociales, y entre los cuales, los abogados, especialmente a quienes nos ocupamos de la cuestión social, tendremos la responsabilidad de diseñar un marco normativo adecuado. En la realización de la ingente tarea de establecer un adecuado sistema de tutela del trabajo autónomo hay que tener especial cautela para que el mismo no se constituya en un mecanismo de fuga del Derecho del Trabajo, como ha ocurrido en algunos casos con los “parasubordinati” italianos y los trabajadores autónomos con dependencia económica españoles, que, en ocasiones, como lo señala Susana Corradeti, “pueden caer en el fraude sofisticado y, lo que es peor, amparado por la ley”¹¹.

¹¹ Susana Corradeti, “La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. Hacia una definición internacional de la relación de trabajo”, *Derecho del Trabajo*, N° 8, Fundación Universitas, Barquisimeto, 2009, p.81.

DIFERENTES DERECHOS PARA DIFERENTES TRABAJADORES CONDUCTORES Y REPARTIDORES CONTRATADOS A TRAVÉS DE APLICACIONES

Victorino Márquez Ferrer*

SUMARIO

I. Introducción: La economía del encargo (“*on demand economy*”). II. El modelo de negocio de transporte privado de personas contratado a través de aplicaciones. III. La relación entre los conductores y las empresas titulares de las aplicaciones en la jurisprudencia comparada. IV. El modelo negocio de entrega de pedidos contratado a través de aplicaciones. V. La relación entre los repartidores y las empresas titulares de las aplicaciones en la jurisprudencia comparada. VI. El test de laboralidad venezolano y su hipotética aplicación a conductores y repartidores contratados a través de plataformas digitales. VII. Las limitaciones de las categorías de trabajador dependiente y contratista independiente para abordar las formas de trabajo de la economía colaborativa. VIII. La conveniencia de un abordaje legislativo del trabajo contratado a través de plataformas digitales en Venezuela.

I. Introducción

La economía del encargo (“*on demand economy*” “*sharing economy*” o “*gig economy*”) se basa en plataformas digitales o aplicaciones que funcionan como intermediarias entre los clientes finales y los proveedores de servicios.

Como ejemplo de plataformas de intermediación del trabajo por encargo encontramos a *Uber*, *Lyft*, *Cabify* y *Didi Chuxing*, en el ámbito del transporte privado de personas; *Deliveroo*, *Glovo*, *Uber Eats*, *Take It Easy*, *Pedidos Ya* y *Meituan Dianping* en el ámbito del reparto de comida a domicilio; *Mechanical Turk* y *Upwork* en el ámbito de las micro-tareas ocasionales “online”; y *Task Rabbit* en el área de tareas domésticas.¹

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) con Maestría en Leyes en la Universidad de Harvard. Arbitro de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro de Arbitraje de Venamcham.

¹ *Meituan Dianping*, por ejemplo, supera los 400 millones de usuarios y los 5 millones de restaurantes afiliados, gestiona 20 millones de pedidos al día, cuenta con casi 600 mil

El crecimiento de la economía del encargo (“*on demand economy*” o “*gig economy*”) ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la dicotomía trabajador dependiente-contratista independiente para abordar las nuevas formas de trabajo contratado a través de plataformas digitales. Si bien los proveedores de servicios “trabajan cuando quieren” y “para quien quieren” (pueden trabajar para varias plataformas y aceptar o rechazar encargos), y con frecuencia lo hacen para complementar los ingresos de otra ocupación primaria, no es menos cierto que estos prestadores de servicios pueden estar sujetos a un importante grado de control por parte del titular de la plataforma (“no trabajan como quieren”) del que también pueden, además, depender económicamente. La inminente irrupción de estas formas de trabajo en Venezuela nos lleva a formular las siguientes interrogantes: ¿Es el test de laboralidad desarrollado por la jurisprudencia venezolana apropiado para clasificar y regular las nuevas formas de trabajo de la economía digital? ¿Debe corresponder a los jueces la determinación caso por caso de si estamos en presencia de un trabajador subordinado o de un contratista independiente? ¿Debe más bien la legislación diseñar un test de laboralidad especial adaptado a las nuevas formas de trabajo de la economía del encargo para decidir quién accede y quién no a la protección de la legislación laboral bajo un esquema de “todo” (trabajador subordinado) o “nada” (contratista independiente)? O debe el legislador optar por la creación de una categoría intermedia entre el trabajador y el contratista independiente a la cual se le confieran algunos, pero no todos, los derechos laborales? ¿Qué solución es la más adecuada para impulsar la ocupación a través de las plataformas digitales como parte de un programa de reactivación económica y social de la economía venezolana?

repartidores activos y el primer trimestre del año cerró transacciones por un valor de 10.700 millones de dólares, un 38,6% más que el mismo período de 2018. Según la empresa, la rapidez de su servicio –28 minutos de media– se debe en gran medida al sistema de inteligencia artificial que determina en 0,55 milisegundos la mejor ruta para un grupo de pedidos. Estas cifras nos dan una idea de las dimensiones que está adquiriendo en el mundo la economía del encargo. (Zigor Aldama, *La revolución de la logística china que deja a Amazon por los suelos*, Retina, El País Economía, 7 de julio de 2019). Solamente en la ciudad de Londres hay 30 mil conductores de Uber y en Australia el número alcanza 60 mil. Hay cerca de 3 millones de conductores de Uber en el mundo y 1.3 millones de Lyft, plataforma que solo opera en USA.

En este trabajo, nos centraremos en la relación existente entre los conductores y repartidores, por una parte, y las empresas a través de cuyas aplicaciones se contratan el transporte de personas y pedidos, por la otra. No abordamos aquí el trabajo ocasional contratado a través de plataformas digitales (*crowdsourcing*) en forma de microtarefas (trabajos domésticos, traducciones, diseño de páginas web y publicidad digital, preparación y edición de videos, asistente virtual, entre otras), el cual presenta muchos menos problemas en cuanto a su clasificación y regulación.²

II. El modelo de negocio de transporte privado de personas contratado a través de aplicaciones (*ride-hailing services* o *ride-sharing services*)

Las empresas de tecnología intermediarias crean una aplicación que constituye el canal de comunicación entre los clientes que demandan un traslado y los conductores privados que lo ofrecen. La empresa puede establecer ciertos requisitos de elegibilidad para que el conductor pueda registrarse y usar la aplicación como por ejemplo contar con un vehículo que reúna determinadas condiciones, licencia de conducir y no poseer antecedentes penales. El conductor decide cuándo se conecta a la plataforma y qué viajes (clientes) acepta o no. También decide la ruta para completar el viaje aunque la aplicación le sugiere la más rápida. Una vez completado el viaje se le da al cliente la posibilidad de valorar el servicio. El precio del trayecto lo fija la aplicación con base en un algoritmo dinámico que toma en cuenta la oferta y la demanda para distintas zonas y horas del día. El cliente, quien previamente ha aportado sus datos bancarios, efectúa el pago a una cuenta (generalmente una cuenta “*escrow*”) desde la cual se distribuye la tarifa cobrada al cliente entre la empresa intermediaria y el conductor. El conductor puede ofrecer sus servicios a través de varias plataformas competidoras simultáneamente o conjugar su actividad de conductor con un empleo subordinado en una compañía de otra rama de negocios.

² Se trata en este caso de aplicaciones que se limitan a poner en contacto a un demandante de un servicio y un *freelancer* sin intervenir para nada en la fijación del precio ni en la forma de llevar a cabo el servicio. Tampoco existe entre las partes una relación estable en el tiempo.

III. La relación entre los conductores y las empresas titulares de las aplicaciones en la jurisprudencia comparada

La jurisprudencia comparada acerca de si los conductores son trabajadores o contratistas independientes ha arrojado conclusiones disímiles e incluso contradictorias.

El Tribunal Superior de Brasil en una sentencia del 28-08-2019³ consideró que los conductores contratados a través de la aplicación no mantienen una relación jerárquica con *Uber* porque sus servicios son prestados de forma eventual, sin horarios preestablecidos ni salario fijo, lo cual desvirtúa la existencia de un vínculo laboral entre las partes. El Tribunal concluye calificando que los conductores son emprendedores independientes.

La *Fair Work Comission* de Australia, en decisiones del 12-07-2019 y del 21-12-2017⁴ aplicó el test indiciario para concluir que un conductor de *Uber* no era un trabajador amparado por la ley contra un despido injustificado, y ni siquiera podía ser considerado un trabajador eventual. En la decisión se lleva a cabo un análisis pormenorizado de los elementos del test: (i) Control: el conductor tenía control absoluto sobre la oportunidad en que prestaba sus servicios decidiendo por sí mismo cuando aceptar o rechazar viajes (aunque reconoce la Comisión que la imposición al conductor de ciertos estándares y parámetros de precio podía limitar la autonomía del conductor hasta cierto punto). (ii) Equipos: el conductor era dueño de su propio vehículo y de su teléfono celular y se hacía cargo del seguro del carro. (iii) Uniformes: el contrato de servicios prohibía al conductor usar uniformes con los signos distintivos de *Uber* o colocar el logo en su vehículo. (iv) Impuestos: el conductor estaba registrado ante la seguridad social como un empresario autónomo. (v) Calificación de la relación por el contrato de servicios: el contrato describía a *Uber* como un agente de cobro del conductor y un proveedor de servicios de tecnología. (vi) Forma de pago: el conductor

³ <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=UBER&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

⁴ <https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2017fwc6610.htm> y <https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2019fwc4807.htm>.

compartía con *Uber* la tarifa cobrada al cliente y no percibía ingreso fijo alguno ni disfrutaba de vacaciones.

No obstante lo anterior, es revelador que la Comisión haya expresado su preocupación en el sentido que el test indiciario convencional no toma en cuenta aspectos tales como el acuerdo de distribución de los ingresos entre las partes (cuánto se lleva el conductor de cada viaje vs. cuánto se lleva *Uber*), el poder relativo de negociación en que se encuentran éstas y la eventual dependencia económica del conductor frente a *Uber*. Preocupación que aparece también en la jurisprudencia de otros países como veremos enseguida.

A idéntica conclusión arriba una decisión del *Fair Work Ombudsman* australiano del 7 de junio de 2019.⁵ De acuerdo con el Defensor del Trabajo australiano, para que se configure una relación de trabajo debe, como mínimo, existir la obligación por parte del empleado de prestar servicios cuando el empleador lo requiera. El *Ombudsman* estima que *Uber Australia* no requiere que los conductores presten sus servicios en un horario en particular y que los conductores tienen control sobre si prestan servicios, cuándo los prestan y por cuánto tiempo lo hacen en cualquier día de la semana o en cualquier semana.

Se observa como para la jurisprudencia brasileña y australiana el elemento determinante para decantarse por la no laboralidad del vínculo entre el conductor y *Uber* es la amplia libertad que el primero tiene para organizar su tiempo de trabajo.

La evolución de la jurisprudencia en los Estados Unidos nos ilustra las complejidades y desafíos que enfrentan los test de laboralidad tradicionales para abordar el trabajo por encargo a través de plataformas digitales. El 11 de marzo de 2015 el Tribunal del Distrito Norte de California denegó la petición de las compañías demandadas (*Uber* y *Lyft*) en el sentido de que se decidiera el caso como un asunto de mero derecho (“*summary judgment*”) y no se pasara a la fase de juicio por jurado (“*jury trial*”) donde tiene lugar un examen exhaustivo de la evidencia y quedan establecidos los hechos que posteriormente servirán de base al juez para dictaminar la consecuencia jurídica (en este caso el

⁵ <https://www.fairwork.gov.au/about-us/news-and-media-releases/2019-media-releases/june-2019/20190607-uber-media-release>.

carácter laboral o no de la relación). El Tribunal concluyó que al menos la presunción de laboralidad había quedado establecida con base en el test del grado de control (test Borello que lleva su nombre por el caso líder que lo esbozó).⁶ Este test se basa en determinar el grado de control que el empleador ejerce —o retiene el derecho a ejercer— sobre los detalles de la ejecución del trabajo. *Uber* y *Lyft* sostuvieron que no son empresas de transporte privado de personas sino compañías de tecnología a las cuales los conductores no les prestan un servicio personal sino que, por el contrario, son los conductores quienes como clientes se valen de la plataforma que *Uber* y *Lyft* ponen a su disposición para generar viajes. Si bien es cierto que el Juez consideró que *Uber* y *Lyft* no sólo venden *software* sino que venden “trayectos”, “viajes” o “carreteras” y que el servicio que prestan los conductores constituye una parte esencial e indispensable del negocio de las compañías, es en las conclusiones de ambos fallos donde el juzgador reconoce las limitaciones de los test de laboralidad tradicionales para abordar el trabajo contratado a través de plataformas digitales.

Así, en la sentencia *O’Connor vs. Uber* se concluye de la siguiente forma:

“La aplicación del test de empleo tradicional —un test que fue desarrollado bajo un modelo económico muy diferente al de la nueva “economía colaborativa”— al modelo de negocio de *Uber* genera importantes desafíos. Puede considerarse que muchos de los factores de dicho test resultan anacrónicos en este contexto. Otros factores, que podrían reflejar de forma más fiel la realidad actual (tales como la proporción de los ingresos generados y compartidos entre las partes, su poder relativo de negociación, y el rango de alternativas disponibles para cada parte) no se encuentran recogidos en el test de laboralidad de *Borello*. Podría darse el caso de que el legislador o los tribunales de apelación refinen o incluso revisen este test en el contexto de la nueva economía. Es concebible incluso que el legislador dicte reglas particulares para la economía colaborativa. Pero hasta entonces esta Corte no le queda más remedio que aplicar el test multifactorial *Borello* y su progenie a los hechos del caso. Por las razones antes

⁶ S.G. Borello & Sons, Inc. V. Department of Industrial Relations (1989) 48 Cal. 3d.341.

señaladas, más allá del hallazgo preliminar de que los conductores de *Uber* se presumen empleados, el test Borello no produce un resultado concluyente. El asunto no puede ser decidido como un asunto de mero derecho y la moción de *Uber* en tal sentido es desestimada”.

Por su parte, en el fallo de *Cotter vs. Lyft* se cierra con la siguiente admonición:

“Como ha quedado claro a estas alturas, al jurado en este caso le será puesto en sus manos una pieza cuadrada (el servicio prestado por el conductor de Lyft) y se le pedirá insertarla en uno de dos círculos redondos (el de trabajador o el de contratista independiente). El test que los tribunales de California han desarrollado a lo largo del siglo XX para clasificar a los trabajadores no es muy útil para abordar un problema propio del siglo XXI. Algunos factores de esos test apuntan en una dirección y otros en la contraria y todavía otros son ambiguos. Probablemente los trabajadores de *Lyft* que trabajan más de un cierto número de horas deben ser considerados empleados mientras que los que no lo hacen deben ser considerados contratistas independientes. O a lo mejor los trabajadores de *Lyft* deben ser considerados como una nueva categoría de trabajadores que requieren un grado de protección diferente. Pero a falta de una solución legislativa, el test anticuado para decidir quién es trabajador y quién no se aplica en casos como este. Y como el test no arroja ni remotamente una respuesta clara, corresponde a los jurados decidir”. (Paréntesis agregados por el autor para hacer más claro el dicho en inglés original “*fit a square peg in a round hole*”).⁷

⁷ En el año 2016, el litigio de *Uber* estuvo a punto de ser cerrado a través de una transacción en la que *Uber* había acordado pagar 100 millones de dólares a los 305.000 conductores ubicados en una situación similar a la de O'Connor los cuales habían sido previamente certificados por un juez como “clase” (“*class action*”), a cambio de que *Uber* pudiera continuar clasificándolos como contratistas independientes. No obstante, posteriormente, la transacción fue rechazada por un Juez que consideró insuficiente el monto ofrecido. Para añadir aún mayor suspenso al caso, en 2018 la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito anuló la decisión que había certificado a los conductores como clase con el argumento de que la cláusula arbitral contenida en los contratos celebrados entre *Uber* y la mayoría de los conductores prohibía expresamente las acciones de clase, con lo cual el grupo de trabajadores amparados por la clase se redujo a 13,600 y el impacto de la sentencia se vio significativamente atenuado.

El itinerario recorrido por los casos de *Uber* y *Lyft*, y la resignación y escepticismo con la cual los jueces norteamericanos aplican los test de laboralidad tradicionales para encarar las nuevas formas de trabajo, ponen de manifiesto la necesidad de actualizar o redefinir los mencionados test, bien sea a través de la jurisprudencia o bien a través de un abordaje legislativo especial que otorgue un mayor grado de certeza a los operadores jurídicos.

Es esto precisamente lo que intenta la Corte Suprema de California en su decisión del 30-04-2018 (Caso *Dynamex*). *Dynamex* es una empresa de courier expreso similar a *Fedex*, *DHL*, *Zoom* o *MRW* que trataba a sus mensajeros (repartidores de paquetes) como empleados hasta 2004, fecha en la cual decidió reclasificarlos como contratistas independientes. En *Dynamex*, al máximo tribunal de California le tocó analizar cuál es el estándar o test adecuado para determinar si los mensajeros de *Dynamex* eran trabajadores o contratistas independientes a los efectos de las regulaciones ejecutivas de salario mínimo y otras condiciones de trabajo (sorprendentemente en los Estados Unidos algunos prestadores de servicios pueden ser trabajadores para ciertos tipos de regulaciones, pero no para otras). En lugar de aplicar el test multifactorial del caso *Borello*, con su énfasis en el grado de control, la Corte adopta el test ABC que toma prestado de los Códigos, Leyes y decisiones judiciales de otros Estados, por considerarlo más preciso y consistente con el “*suffer or permit to work standard*” exigido por las regulaciones ejecutivas californianas de salario mínimo para definir su ámbito de aplicación (quién debe ser considerado empleador). Según este enunciado general, si una entidad requiere, tolera o permite el trabajo de una persona, se le considera su empleador, sobre todo cuando esa persona trabaja en el negocio principal de la entidad contratante.⁸

El test ABC parte de la presunción casi universal de que todos los prestadores de servicios personales son trabajadores y permite que los mismos sean calificados como contratistas independientes *únicamente* si se cumplen *cada uno* de los siguientes extremos: a) Que el prestador

⁸ Es por esta razón que las empresas como *Uber* y *Lyft* argumentan con fuerza que su negocio principal es el suministro de una plataforma tecnológica o aplicación y no el negocio de transporte privado de personas o la oferta del servicio de viajes “*rides*”.

de servicios está libre del control y la dirección del contratante, tanto en lo establecido en el contrato como en la realidad de los hechos; y b) Que el prestador de servicios ejecute actividades que están fuera del curso regular del negocio de la actividad contratante; y c) Que el prestador de servicios acostumbre a trabajar en la profesión, oficio, ocupación o negocio que participe de la misma naturaleza que el servicio para el cual fue contratado.

Nótese que el test ABC de *Dyanmex*, si bien simplifica considerablemente los elementos de otros tests de laboralidad, no constituye una reformulación radical del test *Borello* u otros tests multifactoriales. Por ejemplo, el test ABC no toma en cuenta qué porción de la tarifa cobrada al cliente le corresponde al mensajero o si este presta servicios en forma eventual u ocasional para complementar los ingresos de otro empleo principal (un dato relevante para otras relaciones si se toma en cuenta el 45% de los conductores de *Uber* en California trabaja menos de 10 horas semanales). Por tanto, no vemos la decisión de *Dynamex* como un esfuerzo por incorporar al test de laboralidad nuevos elementos relevantes en el contexto de la economía por encargo que permitan distinguir entre trabajadores y contratistas independientes.

Sin duda, al requerir que el empleador satisfaga en forma concurrente los tres extremos del test para considerar que un prestador de servicios es un contratista independiente no sujeto a las regulaciones ejecutivas del trabajo en California, la carga de la prueba de los empleadores es más exigente a raíz de *Dynamex*.

Sin embargo, la decisión de *Dynamex* no zanjó el conflicto acerca de cuál era el estándar (test) apropiado para determinar si los conductores de *Uber* y *Lyft* debían ser tratados como empleados o como contratistas independientes y la mejor prueba de ello es que la Asamblea Legislativa de California sancionó, el 2 de octubre de 2019, la Ley 70 cuyo propósito es codificar y aclarar la aplicación de la sentencia *Dynamex*.⁹ Esta ley dispone que a los efectos de la aplicación del Código del Trabajo y

⁹ Otros estados han marchado en la dirección opuesta y han aprobado leyes que califican a los conductores de *Uber* y *Lyft* como “contratistas independientes” (Indiana) o establecen una presunción desvirtuable de que son “contratistas independientes” (South Dakota); y todavía otros Estados han diseñado tests de laboralidad para facilitar la exclusión de los conductores del régimen laboral (Arkansas, Nevada).

demás regulaciones laborales de California los jueces deberán atenerse al test ABC del caso *Dynamex*. Sin embargo, a renglón seguido, la Ley 70 enuncia una larga y exhaustiva lista de profesiones y oficios cuya laboralidad deberá determinarse conforme al test *Borello*, en la cual no figuran los prestadores de servicios contratados a través de plataformas digitales como los conductores de *Uber* y *Lyft*.¹⁰ El propósito declarado de la Ley 70 es ordenar la aplicación de un estándar probatorio más estricto y exigente para que estas y otras compañías puedan clasificar a los conductores o repartidores como contratistas independientes. Las compañías han anunciado que intentarán proponer un referéndum abrogatorio contra la Ley y, en el camino, no es descartable que puedan entablar una negociación con los legisladores de California para otorgar derechos a los conductores propios de un status intermedio.

Por tanto, la iniciativa legislativa de California, más que un esfuerzo de innovación en materia de clasificación o regulación de los trabajadores contratados a través de plataformas digitales, es una ratificación del test ABC, el cual a su vez contiene pocos elementos originales para dilucidar la condición de los prestadores de servicios contratados a través de plataformas digitales.

En el Reino Unido, existen dos fallos judiciales de particular interés: la sentencia del Employment Tribunal de Londres del 26-10-2016 y la del Employment Appeal Tribunal del 10/11/2017.¹¹ Ambos fallos consideran que existían obligaciones por parte de los conductores de *Uber* de aceptar los viajes y no cancelarlos y que el incumplimiento de estas obligaciones acarrearía penalidades. Por ejemplo, el conductor tenía la obligación de aceptar el 80% de los viajes o de lo contrario podría sufrir una desconexión de la plataforma o, si rechazaba tres encargos de viaje de manera consecutiva, quedaba desconectado de la plataforma entre dos y diez minutos. De allí que los tribunales británicos consideren que el conductor no tenía total libertad para aceptar o rechazar pedidos de viaje.

¹⁰ Agentes de seguros, médicos, veterinarios, abogados, contadores, arquitectos, asesores financieros, fotógrafos y editores de periódicos, vendedores, distribuidores de periódicos, entre muchos otros.

¹¹ <https://www.gov.uk/employment-appeal-tribunal-decisions/uber-b-v-and-others-v-mr-y-aslam-and-others-ukeat-0056-17-da>.

También afirman las sentencias que los conductores no pueden negociar ni fijar sus tarifas pues estas las establece directamente la plataforma en su interacción con el cliente y el conductor no interviene para nada en esta relación contractual. Señalan además que es *Uber* quien controla los datos personales de los pasajeros y asume las pérdidas derivadas de pagos fraudulentos de los clientes. En síntesis, los tribunales británicos consideran que los conductores están integrados en el ámbito del negocio de *Uber* que no es otro que proveer servicios de transporte.¹²

No obstante lo anterior, los tribunales británicos dejan abierta la puerta para que aquellos conductores de *Uber* que estén disponibles para aceptar viajes provenientes de otras aplicaciones competidoras puedan ser considerados contratistas independientes y no trabajadores, lo cual pone de relieve la importancia de las circunstancias fácticas del caso para calificar la relación entre las plataformas y los conductores.

En Francia, una reciente decisión de la Corte de Apelaciones de París del 10-01-19¹³ consideró que el hecho de que la actividad de los conductores se lleve a cabo en el marco de un servicio organizado puede ser indicio de la existencia de una relación de subordinación, máxime cuando el empleador determina unilateralmente las condiciones de

¹² Sobre la discusión acerca de si el servicio prestado por Uber es un servicio de simple intermediación tecnológica o es un servicio de intermediación accesorio de un servicio principal de transporte, a los efectos de establecer si su regulación debe realizarse a nivel de la UE o de los estados miembros, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala) en una decisión del 20 de diciembre de 2017: “el servicio de intermediación de Uber 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 otro lado, 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. Sobre este último punto consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad o comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos de la aplicación. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento esencial es el transporte.”

¹³ <https://revuefiduciaire.grouperf.com/plussurlenet/complements/CA-Paris-UBER-10-01-2019.pdf>.

ejecución del trabajo. En el caso concreto, la Corte estimó que, una vez conectados a la aplicación, los conductores deben estar disponibles para los requerimientos de viajes. *Uber* asigna los clientes y los conductores no tienen una libertad ilimitada para rechazar los viajes encargados, pues luego de tres rechazos seguidos les aparece un mensaje de *Uber* en la aplicación, advirtiéndole que esta se reserva el derecho de desconectar o restringir el uso de la aplicación. Es *Uber* quien fija las tarifas a través de un algoritmo y no puede hablarse de un contratista independiente que no pueda fijar sus propias tarifas. La Corte señaló también que los conductores no tienen la posibilidad real de desarrollar y hacerse de una base de clientes propia y diferenciada de la que les suministra la aplicación. Sostiene que *Uber* fija no solo la ruta que deben seguir los conductores en cada trayecto sino ciertas directrices de comportamiento como abstenerse de tener conversaciones desagradables, recibir propinas o concertar viajes sin el previo conocimiento de *Uber*. En suma, la Corte considera que se ha reunido un haz suficiente de indicios para caracterizar el vínculo de subordinación del conductor con respecto a *Uber*.¹⁴

¹⁴ En España, el modelo de organización que han adoptado *Uber* y *Cabify* ha alejado a estas plataformas del debate judicial. Esto se debe a que en España estas compañías han optado por licenciar la plataforma tecnológica a terceras compañías, a cambio de una regalía. Estas compañías son las responsables de contratar las flotas de conductores como trabajadores dependientes que reciben los beneficios de la ley laboral española, excluyendo de arranque cualquier discusión acerca de la naturaleza jurídica de la relación. Generalmente, estas compañías pagan a sus conductores empleados el sueldo mínimo mensual (900 euros) más una prima equivalente al 40% de los viajes que facturen por encima de un determinado umbral de facturación (por ejemplo, 4000 euros) aunque, al ser varias las compañías licenciatarias de la tecnología, los términos de estos acuerdos suelen variar. Las compañías licenciatarias asumen además los costos de combustible, mantenimiento y reparación de los vehículos. Según el diario *La Razón*, la Federación Española del Taxi estaría preparando una demanda por considerar que existe una cesión ilegal de trabajadores (tercerización o subcontratación prohibida) entre *Uber* y *Cabify* y las compañías que operan las flotas de carros, de acuerdo con el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores Español. Los abogados de la Federación sostienen que para dilucidar si se ha configurado una cesión ilegal de trabajadores se analizan la dependencia y la ajeneidad en los medios, los frutos y los riesgos. Si bien es cierto que las empresas licenciatarias ponen los vehículos (medios), lo cierto es que no pueden prestar el servicio sin intermediación de la aplicación que suministran *Uber* y *Cabify*. En cuanto a los frutos, sostienen que *Uber* y *Cabify* se llevan el mayor rendimiento del negocio y no están subcontratando una actividad periférica del negocio sino una actividad central a su proceso de negocios sin la cual es inconcebible prestar el servicio. En cuanto a los riesgos, sostienen que si bien es cierto que en caso de accidentes responde la compañía licenciataria pero la valoración del mal servicio se realiza a través de la aplicación y para el

IV. El modelo negocio de entrega de pedidos contratado a través de aplicaciones

En líneas generales, el negocio de entrega de pedidos a través de aplicaciones se desarrolla de la forma que explicamos a continuación. La compañía dueña de la aplicación (“la Compañía”) celebra contratos con los restaurantes en Venezuela. Conforme a dichos contratos, la Compañía promociona los productos de los restaurantes en su página web y en su aplicación y facilita los pedidos entre el cliente final y el restaurante, actuando como agente del restaurante. Conforme a los contratos con los restaurantes, el cliente final puede ordenar productos de los restaurantes a través de una aplicación informática de la Compañía. El cliente final escoge los productos de los menús de los restaurantes que aparecen en la aplicación y paga por el producto a través de una pasarela segura de pagos habilitada por la Compañía. La Compañía presta el servicio de recogida del pedido en el restaurant y lo entrega en el lugar señalado por el cliente final, mediante repartidores contratados por la Compañía. Una vez aceptada la orden de compra por el restaurante, la aplicación de la Compañía selecciona al Repartidor mejor ubicado para atenderlo con base en un algoritmo que toma en cuenta, entre otros factores, la proximidad del repartidor al punto de recogida. Escogido el repartidor, la aplicación se lo notifica a éste, quien debe decidir si aceptar o no el encargo. Si el repartidor escogido no acepta el encargo, la aplicación asigna el pedido a otro repartidor en forma automática conforme a los criterios antes señalados. En caso de aceptación, el repartidor debe

cliente final el responsable en todo momento es Uber o Cabify pues para ellos la licenciataria no existe. Con respecto a la dependencia sostienen que quien asigna los servicios es la aplicación a través del algoritmo de las plataformas y por tanto las instrucciones emanan de Uber y Cabify y no de las licenciatarias. Desde luego, que para prosperar en su pretensión la Federación del Taxi deberá demostrar no solo los extremos antes señalados sino que este esquema de tercerización tiene el propósito de evadir las obligaciones laborales. Un verdadero desafío si se tiene en cuenta que los conductores contratados por las empresas operadoras gozan de los derechos laborales que la ley española confiere a los trabajadores dependientes.

Con todo, la argumentación de la Federación Española del Taxi pone de manifiesto, una vez más, que mientras los modelos de relacionamiento de la economía por encargo continúen siendo analizados a través del lente del ordenamiento laboral convencional, las zonas de riesgo e incertidumbre seguirán presentes para las empresas de plataformas y los conductores.

dirigirse al restaurante con su propio vehículo (moto, bicicleta, carro), recoge el pedido y lo transporta al lugar designado por el cliente final. Al momento de aceptar el pedido, el repartidor recibe la dirección de recogida y la dirección de entrega. Una vez entregado el pedido, la Compañía paga al restaurante la cantidad que corresponda, previo descuento de la comisión de intermediación pactada entre ambos. Por su parte, los repartidores, con la periodicidad acordada por las partes (semanal o quincenalmente), proceden a facturarle a la Compañía las comisiones por las entregas realizadas. La Compañía recluta a los repartidores a través de su página web o aplicación. Para el desarrollo de la actividad, los repartidores tienen que descargar y registrarse en la aplicación y firmar un contrato de arrendamiento de servicios estándar preparado por la Compañía. Los repartidores notificarán a la Compañía a través de la aplicación sobre la franja horaria que escogen para prestar sus servicios y, luego el momento, sobre su presencia en uno de los diversos puntos de encuentro y hora acordados y comenzarán a recibir las solicitudes a través de la aplicación. La aplicación permite que la Compañía haga seguimiento de la actividad y localización de los repartidores por GPS desde que aceptan el encargo hasta que el producto es entregado al cliente final.

V. La relación entre los repartidores y las empresas titulares de las aplicaciones en la jurisprudencia comparada

A diferencia del caso de los conductores, en España existe una nutrida jurisprudencia acerca de si los repartidores deben ser tratados como contratistas independientes, como trabajadores por cuenta ajena o como un tercer género o categoría intermedia: los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

En primer lugar, tenemos la sentencia del Juzgado Social 39 de Madrid del 3-09-2018 cuyo criterio ha sido ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) en fallo del 19-09-2019.¹⁵ Estas decisiones calificaron al repartidor de *Glovo* como un trabajador autónomo económicamente dependiente (“TRADE”), acogiendo así la

¹⁵ <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>.

calificación que las partes habían dado a su relación en el contrato celebrado entre ellas y descartando que se tratase de un trabajador por cuenta ajena. Por ser esta una figura que no existe con los mismos contornos en la legislación venezolana transcribimos la explicación que de ella hace el Juzgado Social 39 de Madrid:

Concurren en la relación las notas características del contrato de autónomo TRADE que se definen en los artículos 11 y siguientes de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Señalando el artículo 11 que Los trabajadores autónomos económicamente dependientes son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas.” Y añadiendo el apartado segundo las condiciones que han de concurrir para poder apreciar la figura del TRADE:

- “a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes [...]
- b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella...”

La prestación de servicios desarrollada (por el repartidor) se acomoda a las características descritas, pues no tenía trabajadores a su servicio, no ejecutaba su actividad de forma indiferenciada con otros

trabajadores por cuenta ajena de la demandada, disponía de la infraestructura y material necesarios para el ejercicio de su actividad (moto y teléfono móvil), desarrollaba su actividad con criterios organizativos propios (escogiendo la franja horaria, los servicios a realizar, la ruta a seguir, y los periodos de descanso, sin tener que justificar sus ausencias), recibía ciertas indicaciones técnicas de la demandada (como las relacionadas con la zona geográfica de trabajo, la utilización de la APP de la Empresa, o la forma de realizar compras a los clientes, utilizando una tarjeta de GLOVO), y percibía una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, asumiendo el riesgo y ventura de aquélla. A ello se añade que fue el propio actor quien, después de un año de prestación de servicios, comunicó a la demandada su condición de autónomo TRADE (no de trabajador dependiente) a los efectos de la formalización del correspondiente contrato, como de hecho se hizo. En definitiva; la realidad material de la relación demostrada difiere considerablemente de una relación laboral, sin que concurren sus principales características, y por otra parte se ajusta perfectamente a las condiciones definitorias del trabajo en régimen de TRADE, siendo además esta forma la que le dieron las propias partes al segundo contrato suscrito, y no precisamente a iniciativa de la demandada sino del actor.

En el mismo sentido, se pronunció el Juzgado 17 de Madrid en un fallo del 11-01-2019,¹⁶ aunque poniendo mayor énfasis en el grado de autonomía del repartidor para determinar las condiciones del servicio:

“Resumiendo y reiterando, se ha acreditado que el repartidor tiene total libertad para elegir los días en los que quiere ofrecer su servicio a GLOVO y la franja horaria para entregar los productos de cada jornada laboral, y para decidir sus jornadas de descanso. Asimismo puede escoger si quiere prestar todos los servicios que le proponga la empresa (modalidad de asignación automática), aunque con la posibilidad de rechazar aquellos pedidos que no le interese realizar sin tener que justificar el motivo (pero debiendo comunicar el rechazo, para que el pedido sea asignado a otro repartidor) o bien aceptar uno a uno los pedidos que estén disponibles (modalidad de asignación manual). Incluso una vez iniciado servicio, el repartidor puede elegir desistir del pedido

¹⁶ <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059449.pdf>.

para realizar otro o finalizarlo. También tiene total libertad de organización y decisión a la hora de seleccionar la ruta desde la posición inicial hasta la dirección de recogida y hasta la dirección de entrega sin tener establecida una trayectoria ni un punto concreto de localización para el inicio del servicio, aceptando el repartidor un modelo de facturación por distancia lineal o real óptima.

Lo expuesto implica que ha de desestimarse la pretensión del demandante de que le sea reconocida la condición de trabajador por cuenta ajena.”

A una conclusión diametralmente opuesta llega la sentencia del Juzgado Social 33 de Madrid del 11 de febrero de 2019¹⁷ considerando a los repartidores de Glovo como trabajadores por cuenta ajena bajo el siguiente razonamiento:

“El repartidor, vinculado de forma indefinida (el demandante lo está desde el 18-11-2016), para realizar su actividad necesariamente se integra en la plataforma y desde ella recibe las ofertas de servicios preseleccionados por GLOVOAPP23 SL que mantiene un completo control de la actividad desempeñada (la aplicación es capaz de informar en todo momento a sus clientes y proveedores dónde se encuentra el repartidor), actividad para la que ha establecido reglas precisas para su realización y que imponen al repartidor un determinado comportamiento (...), actividad que luego es evaluada mediante la creación de perfiles, lo que tiene efectos para asignaciones de reparto futuras, reservándose además la demandada evidentes facultades de naturaleza disciplinaria que le permitan resolver el vínculo en caso de incumplimiento de todas estas reglas y también el precio de cada tarea asignada. En éste contexto las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial ya que GLOVOAPP23 SL cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado (...). Además el repartidor nunca podría

¹⁷ <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/NSJ059448.pdf>.

realizar su tarea desvinculado de la plataforma digital en la que se integra: es impensable que con su vehículo y su móvil pudiera transportar mercancías entre proveedores y clientes. Si decidiera emprender por sí mismo este tipo de actividad como auténtico autónomo, estaría condenado al fracaso y sus posibilidades de crecimiento como emprendedor serían nulas, ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo. La inviabilidad para el repartidor de que, con sus medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la otra nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad”.

A idéntica conclusión –que los repartidores son trabajadores por cuenta ajena– llega también el Juzgado en lo Social 19 de Madrid en una sentencia del 22-07-2019,¹⁸ pero esta vez para el caso de los repartidores contratados a través de la aplicación *Deliveroo*:

“En cuanto a los medios materiales, ciertamente puede entenderse acreditado que los repartidores eran propietarios de varios de ellos, especialmente de sus vehículos con los que realizaban sus labores de reparto. Sin embargo, ello no basta para descartar la ajenidad, al estimar que los medios y activos de mayor importancia para el desarrollo de la actividad no son esos, sino que son la aplicación *Deliveroo*, controlada y proporcionada por la empresa para su uso por los repartidores, y la correspondiente marca, que naturalmente no es controlada por los repartidores sino por la empresa. Por otro lado, no son los repartidores parte en los negocios jurídicos existentes con los restaurantes y con los destinatarios de la comida que se transportaba, sino que lo es la sociedad demandada, de forma que, en realidad, los repartidores se limitan a la realización de un servicio de transporte, que descansa de manera fundamental en su actividad personal, sin intervención alguna en tales relaciones contractuales y sin que les alcancen los riesgos derivados de ellas (...) Pues bien, de los datos que constan resulta que los repartidores prestaban sus servicios de una forma completamente organizada y regida por la empresa

¹⁸ https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Jdo_Social_19_Madrid_22_julio.pdf.

demandada, incluso en sus más pequeños detalles. De entrada, se ha acreditado la existencia de instrucciones a los repartidores que más allá de la encomienda en sí del servicio establecen con toda precisión las condiciones en las que el mismo debe prestarse, condiciones que la empresa comprobaba y evaluaba”.

En el caso de Francia, encontramos igualmente criterios jurisprudenciales enfrentados en relación con el tratamiento de los repartidores. La Corte de Apelación de París en una sentencia de 20-04-17¹⁹ descartó la existencia de un vínculo de subordinación entre el repartidor y la plataforma *Take It Easy* basada en las siguientes variables:

“(i) El usuario es libre de escoger su horario y los días que quiere trabajar, sin penalizaciones. Se inscribe en la plataforma y escoge cuando quiere trabajar, incluso escogiendo la zona geográfica en la que propone sus servicios. (ii) No se prevé ninguna penalización en el caso de no proponer sus servicios, ni siquiera en caso de darse de baja con un preaviso de 48 horas. (iii) El repartidor tiene material propio: su bici, su casco, su abrigo, facilitando la empresa por imperativos de calidad e higiene, únicamente una caja isotérmica y, si es necesario, un teléfono. (iv) La empresa impartía una formación al inicio de la prestación de servicios pero era un proceso corto y rápido, únicamente para la selección de los candidatos. (v) La empresa entrega al repartidor una guía del repartidor *Take It Easy*, pero la misma establece meras recomendaciones en materia de seguridad e higiene y consejos para trabajar bien, no son directrices u órdenes. (vi) El contacto entre los repartidores y el equipo de *Take It Easy* es exclusivamente telefónico, y los eventos diversos organizados por la plataforma no tienen carácter obligatorio a efectos de su asistencia. El Tribunal concluye que faltan indicios por parte del repartidor para considerar que existe una relación laboral”.

Esta última decisión fue casada por el Tribunal de Casación-Cámara Social de Francia en un fallo del 28-11-2018,²⁰ el cual consideró

¹⁹ <http://www.gov-up.com/wp-content/uploads/2017/07/TEE-CA-Paris-Ruling-of-April-20-2017.pdf>.

²⁰ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html.

que existía subordinación del repartidor hacia *Take It Easy* por cuanto “la aplicación estaba equipada con un sistema de geolocalización que permitía a la compañía monitorear en tiempo real la labor del repartidor y registrar el número de kilómetros recorridos. Además, *Take It Easy* tenía un poder sancionador que le permitía desactivar la cuenta del repartidor en caso de cuatro faltas (retrasos en entregas, insulto al soporte de la compañía, retención de datos personales de los clientes o cancelación tardía de turno).

En el Reino Unido, nos topamos con una decisión del Central Arbitration Committee en el caso *IWGB y RoofFoods Limited (Deliveroo)* de fecha 14-11-2017²¹ excluyó la existencia de una relación laboral por el hecho de que el repartidor tenía el derecho a buscar un sustituto para efectuar las entregas, desdibujándose el elemento personal en la prestación de servicios. Para rechazar el carácter laboral de la relación, el Comité también toma en cuenta el hecho de que el repartidor del caso prestaba servicios para otra plataforma (*Uber Eats*) de modo que tenía varias aplicaciones abiertas a la vez. Esta decisión fue confirmada por la sentencia de la UK High Court (Queens Bench Division) del 5-12-18.²²

Este recorrido de la jurisprudencia en materia de repartidores contratados a través de plataformas digitales nos demuestra la poca fiabilidad del test indiciario de laboralidad —con la alta discrecionalidad judicial que lleva aparejada— para producir certeza a los operadores jurídicos. Relaciones que, en esencia se desenvuelven de forma muy similar, reciben un tratamiento dispar en función del peso relativo que el juzgador confiere a un cierto indicio en un momento dado.

VI. El test de laboralidad venezolano y su hipotética aplicación a conductores y repartidores contratados a través de plataformas digitales

El colapso económico, social e institucional de Venezuela experimentado en la última década ha retrasado el desembarco de las

²¹ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/663126/Acceptance_Decision.pdf.

²² <https://www.11kbw.com/wp-content/uploads/CO-810-2018-R-IWUGB-v-Deliveroo-05-12-2018-APPROVED.pdf>.

empresas de tecnología que facilitan la contratación de conductores y repartidores a través de sus plataformas. Sin embargo, tan pronto como esas plataformas hagan su irrupción en Venezuela, es previsible que los tribunales aborden las relaciones establecidas a través de ellas usando el mismo marco conceptual que han empleado para dilucidar la naturaleza de las relaciones que presentan ambigüedades. También es previsible, desde luego, que los tribunales venezolanos sigan las huellas de la jurisprudencia comparada.

Al igual que en otras jurisdicciones del mundo, para el caso de relaciones ubicadas en zonas “grises” o “fronterizas”, los tribunales venezolanos han desarrollado un test de laboralidad multifactorial²³ para dilucidar si un determinada relación es o no laboral.²⁴

Atendiendo a la jurisprudencia venezolana y comparada, el riesgo de caracterización de la relación entre las empresas de plataformas y los conductores y repartidores como una relación laboral aumentaría o disminuiría en la medida que en el desarrollo de la actividad o prestación del servicio concurren uno o varios de los indicios de laboralidad. No obstante, la experiencia comparada demuestra que, por más indicios

²³ Dicho test de laboralidad consta de los siguientes indicadores: (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) 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; (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, etc.; (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; (k) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

²⁴ (i) Sentencia Nro. 489 dictado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (“SCS/TSJ”) el 13 de agosto de 2002. Caso *Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia*; (ii) Sentencia Nro. 433 dictado por la SCS/TSJ el 17 de junio de 2013. Caso *Roberto Thompson Villasmil contra Lubvenca Oriente, C.A.*, y (iii) Sentencia Nro. 116 dictado por la SCS/TSJ el 14 de febrero de 2014. Caso *Ninoska Natalí Cabello Hernández contra Súper Autos Puerto Ordaz, C.A.* La jurisprudencia ha aplicado en forma reiterada el mencionado test a supuestos de relaciones ambiguas tales como: concesionarios mercantiles, agentes de seguros, franquiciados, profesionales independientes, transportistas, peluqueros, pilotos, abogados, conductores, asesores contables, avance de vehículo, reportero gráfico, presidente ejecutivo, vicepresidente ejecutivo, distribuidor de periódico, médico radiólogo, entre otros.

que contenga un test de laboralidad convencional, el peso que el juzgador otorgue a cada uno de esos indicios será determinante en la calificación de la relación, tal como vimos al repasar la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, para algunos jueces el hecho de que los conductores y repartidores puedan trabajar cuando quieran y como quieran es un elemento que excluye toda subordinación, mientras que otros ponen el acento en la posibilidad de geolocalización como un elemento de supervisión que denota subordinación. Mientras que algunos jueces otorgan relevancia al hecho de que el conductor y repartidor suministra los medios materiales para el servicio, otros jueces consideran que ese aporte material es de escasa relevancia porque el aporte decisivo es la plataforma tecnológica, sin la cual es impensable que los conductores y repartidores puedan prestar el servicio. Mientras que algunos jueces tienden a considerar que las empresas de plataformas se limitan a suministrar una tecnología que efectúa la intermediación entre el cliente final y el conductor, otros estiman que estamos ante un servicio de transporte de personas o pedidos regido por las empresas titulares de las aplicaciones, del cual los conductores y repartidores forman una parte indispensable pues estas plataformas venden “trayectos o carreras” o “entregas de pedidos”. Y todavía otros juzgadores ven en la no exclusividad un elemento que descarta la laboralidad mientras que para otros ese elemento no es determinante. Y, finalmente, algunos jueces consideran que el hecho de que el prestador de servicios pueda delegar el encargo en terceros desdibuja el elemento personal de la prestación del servicio y descarta su laboralidad.

La incertidumbre resultante de la ponderación judicial resulta costosa tanto para los conductores y repartidores –que desconocen los beneficios a los que tienen derecho– como para las empresas intermediarias –que enfrentan costos inciertos en forma de litigios inspecciones gubernamentales, cabildeo y campañas de opinión–. Esta incertidumbre es una barrera para el desarrollo de la inversión en plataformas tecnológicas de intermediación y para el fomento de la ocupación y servicios asociados a ellas.

VII. Las limitaciones de las categorías de trabajador dependiente y contratista independiente para abordar las formas de trabajo de la economía colaborativa

En el derecho comparado empieza a tomar cada vez más forma la idea de que los conductores y repartidores desarrollan un tipo de trabajo que ocupa un espacio intermedio entre los contratistas independientes y los trabajadores subordinados. Forzar —encorsetar— esta nueva forma de trabajo en la categoría de trabajador subordinado puede convertirse en una amenaza existencial para el trabajo intermediado a través de plataformas, con consecuencias negativas para los prestadores de servicio, los desempleados, las empresas de tecnología y la economía en general.²⁵ Al fin y al cabo, una parte importante de los conductores y repartidores cambian los derechos y beneficios de la legislación laboral por la flexibilidad en el tiempo y modo de ejecución del trabajo y por tener un mayor ingreso disponible en el presente.²⁶ En el otro extremo, tratar a una parte de estos prestadores de servicios como contratistas independientes puede suponer excluirlos de toda protección. Con el problema añadido de que las empresas de tecnología pueden abstenerse de conceder ciertos beneficios a estos contratistas, como por ejemplo un seguro colectivo de accidentes, por temor a que esto pueda ser tomado como un indicio de laboralidad.

Frente al “*todo o nada*” que envuelve esta dicotomía, una parte importante de la doctrina contrapone la idea de “*diferentes derechos para diferentes trabajadores*”.²⁷ Brindarle un grado de protección a los

²⁵ En Venezuela, los costos laborales no salariales, esto es los costos asociados a los beneficios establecidos en las leyes laborales y de seguridad social equivalen un aproximado de Bs. 0,85 por cada Bs. de salario pagado al trabajador. Además, la legislación venezolana es una de las más inflexibles del mundo en materia de contratación, despido y organización del tiempo de trabajo.

²⁶ Las investigaciones han demostrado que cerca del 80% de los costos de proveer beneficios sociales o prestaciones se traducen en un menor salario para los trabajadores (Gruber, 1994, citado por Harris y Krueger, trabajo citado en nota al pie número 13. Por su parte con ocasión de la discusión de la ley 70 en California, algunos conductores de Uber y Lyft han manifestado su preocupación por la pérdida de independencia y flexibilidad que vendría aparejada a un status de trabajador subordinado, *The Wall Street Journal* <https://www.wsj.com/articles/Uber-Lyft-drivers-torn-as-california-law-could-reclassify-them-11569063601>.

²⁷ Harris y Krueger, *A proposal for modernizing labor laws for 21st century*, The Hamilton Project, 2015; y Jesús R. Mercader, *Economía Colaborativa y Derecho del Trabajo*,

conductores y repartidores que comparten solo algunas características de los trabajadores subordinados y que deberían gozar de algunas –pero no todas– de las estipulaciones protectoras de la ley laboral, creando para ello una categoría intermedia. Al fin y al cabo esta idea no es ajena a la legislación laboral venezolana que contiene un título de relaciones laborales especiales (aunque manifiestamente insuficiente y anticuado) que otorga un tratamiento diferenciado a categorías diversas de trabajadores.

Más que enfrascarnos en una discusión acerca de si los conductores y repartidores son o no trabajadores subordinados, se trata elevar el nivel de abstracción y preguntarnos: más allá de que estemos en presencia o no de un trabajador subordinado, hay alguna razón que justifique la tutela de estos prestadores de servicios por la especial posición que ocupan con respecto a las empresas intermediarias? Para responder esta pregunta, el enfoque finalista (“*purposive approach*”) que propone *Dadivov* resulta un buen punto de partida. La finalidad última de la legislación laboral puede resumirse en la necesidad de contrarrestar los desbalances de poder de negociación entre el trabajador subordinado y su empleador.²⁸ ¿Están presentes esos desbalances en todas o algunas de las relaciones establecidas entre las empresas intermediarias y los conductores y repartidores?. Si la respuesta es afirmativa, qué grado de protección o conjunto de derechos son adecuados para compensar ese desbalance, teniendo en cuenta la forma en que se desenvuelve el trabajo de los conductores y repartidores y la diferente posición de dependencia económica en la que pueden encontrarse con respecto a las empresas (fuente única de ingresos vs. trabajo complementario de otra ocupación principal).

Aranzadi, 2018. Para una postura escéptica con respecto a la creación de esta figura intermedia, véase Guy Dadivov, *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*, <https://doi.org/10.20318/sllerj.2017.3921>; Freedland y Prassl, *Employees, workers and the 'sharing economy' Changing the practices in the United Kingdom*, <https://doi.org/10.20318/sllerj.2017.3922>; y Borja Suárez Corujo, *The sharing economy: the emerging debate in Spain*, <https://doi.org/10.20318/sllerj.2017.3923>.

²⁸ Los desbalances de poder entre las partes no son exclusivos del mundo de trabajo y constituyen uno de los motivos más frecuentes de la intervención del Estado en el marco regulatorio de la economía, como lo ilustra la legislación en materia de arrendamientos, seguros, telecomunicaciones y protección al consumidor.

La forma en que se desarrolla el trabajo a través de plataformas hace prácticamente imposible –o al menos sumamente confuso e impráctico– la aplicación de las regulaciones y beneficios ligados al tiempo de trabajo (horas extras, salario mínimo, prestaciones, utilidades, vacaciones). Por ejemplo, en el caso de un conductor que tiene varias aplicaciones abiertas a la vez mientras espera un encargo de viaje, más allá de la discusión acerca de si ese tiempo de espera es tiempo efectivo de trabajo (pues el conductor puede apagar la aplicación en cualquier momento para hacer otro trabajo o una tarea personal), se presenta el problema de cuál de las dos empresas debe asumir ese tiempo como suyo.

Las consideraciones anteriores han llevado a la doctrina a proponer que los conductores y repartidores gocen de los siguientes derechos reconocidos por la ley: (i) el derecho a negociar, en forma conjunta, acuerdos sobre aspectos de interés común con las compañías de tecnología tales como su participación en la tarifa cobrada al cliente, la contratación de seguros contra accidentes, la concertación de descuentos por volumen con los proveedores de mantenimiento y reparación de los vehículos, cuya eficacia se limita a las partes firmantes; (ii) la protección derivada de las normas que prevén la igualdad de trato y prohíben la discriminación; (iii) la protección de ciertas normas de seguridad y salud en la ocupación; (iv) la obligación de contribuir a la seguridad social con base en un régimen especial (50% de la contribución de un trabajador ordinario); (v) la retención obligatoria de un porcentaje de los ingresos del prestador de servicios para la contratación de un seguro colectivo de salud.²⁹

Esta corriente doctrinaria encontró eco en la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo de Francia de Agosto de 2016, la cual contiene un conjunto de disposiciones para quienes prestan sus servicios a través de plataformas digitales y conectan a los proveedores de servicios y a los clientes finales.³⁰ De acuerdo con esta normativa, y sujeto a que el trabajador independiente alcance un cierto umbral de ingresos mínimos, si la plataforma establece las características del bien o del servicio y su

²⁹ Harris y Krueger, *op.cit.*, p. 15

³⁰ Rubén Agote, *La reforma laboral francesa*, Blog Cuatrecasas Laboral, <http://blog.cuatrecasas.com/laboral/2016/10/20>,

precio, adquiere una responsabilidad social con respecto sus trabajadores independientes que se materializa en: (i) asumir el costo para que esos trabajadores independientes gocen de una cobertura de seguridad social equivalente a la establecida para el régimen general de accidentes de trabajo y (ii) responder por su formación continua. Por otra parte, esta reforma garantiza también el derecho de este tipo de trabajadores de organizarse colectivamente para defender sus intereses y ejercer medidas de presión, siempre que no sean abusivas, para lograr una mejora de sus condiciones contractuales.

En España, la Ley 20/2007 creó la figura del TRADE, Trabajador Económicamente Dependiente, cuyos contornos describimos en el análisis jurisprudencial más arriba. Este estatus intermedio lleva a aparejado un conjunto limitado de derechos similares a los enunciados más arriba, pero agregando además ciertas regulaciones de jornada, formación y extinción del contrato. No obstante esta figura no ha despegado, debido, entre otras cosas, a que su configuración depende del reconocimiento por parte del contratante de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente de su contratista (esto es, que el primero representa al menos 75% de los ingresos del segundo). Ello ha llevado a algunos autores a pedir su actualización de cara a las innovaciones de la economía digital.³¹

Además de España y Francia, Austria, Canadá, Slovenia, Corea del Sur y el Reino Unido han introducido la categoría híbrida o intermedia del trabajador independiente.³²

VIII. La conveniencia de un abordaje legislativo del trabajo contratado a través de plataformas digitales en Venezuela

Venezuela tiene un rezago de aproximadamente 10 años en materia de plataformas digitales de intermediación. El colapso económico sin precedentes que ha significado una contracción del 62% del PIB en los últimos seis años, el nivel de inflación más alto del mundo, el desquiciamiento de la moneda y el sistema de pagos son factores que

³¹ Jesús Mercader, op.cit., p. 18.

³² Global HR Lawyers, *The Gig Economy*, Ius Laboris, June 2018.

sin duda han contribuido a ese rezago. Pero factores como la obsolescencia del parque automotor, la escasez de combustible y repuestos, el acceso limitado de la población a teléfonos inteligentes y redes de telecomunicación, el incipiente desarrollo de los medios digitales de pago y, sobre todo, la inseguridad ciudadana han tenido también su incidencia en el retraso del desembarco de las plataformas. No obstante lo anterior, existen otros elementos que obran a favor de estas nuevas formas de trabajo: la demanda insatisfecha de servicios de transporte en las ciudades venezolanas, la inexistencia de un gremio de taxis cuyos afiliados hayan hecho inversiones significativas en licencias del sector, y por tanto, tienen más incentivos para adoptar las nuevas tecnologías que para resistirse a ellas y, por supuesto, la sobreoferta de mano de obra en busca de una ocupación primaria o secundaria.

¿Cuál es la mejor solución que podemos pensar para Venezuela teniendo en cuenta el estadio de desarrollo en que se encuentran las plataformas digitales y el cuadro general de exclusión laboral –desempleo e informalidad– que presenta la economía venezolana?³³

Ya hemos visto las limitaciones del test de laboralidad convencional para encajar el trabajo contratado por medio de plataformas digitales, la falta de certeza jurídica y la alta litigiosidad que genera. Una opción poco deseable si queremos atraer inversiones en el sector de plataformas a través de un marco legal predecible.

Una segunda opción, que también pasa por el poder judicial, es que los jueces desarrollen un nuevo test de laboralidad acorde con las nuevas formas de trabajo contratado a través de plataformas, que descarte aquellos indicios que han probado ser poco eficaces y brumosos en la clasificación de estas nuevas formas de trabajo (por ejemplo, el de la relevancia de los medios materiales con los que se presta el trabajo o el del grado de control) y se centre en elementos tales como la participación del conductor o repartidor en la tarifa cobrada al cliente final o el grado de dependencia económica del conductor o repartidor con respecto a la plataforma. Si bien esta solución es preferible a la primera, es probable que ella siga dando origen a decisiones judiciales contradictorias y que el nuevo test de laboralidad tarde en consolidarse hasta su

³³ Según el FMI, las proyecciones de desempleo de la economía venezolana para el año 2020 alcanzan la estremecedora cifra de 47.2%, *IMF World Economic Outlook*, p.59. file:///Users/victorinomarquez/Downloads/text.pdf.

definitiva adopción por el Tribunal Supremo de Justicia, tiempo durante el cual continuará reinando la incertidumbre.

Una tercera opción, que de cierta forma es una variante de la anterior, es que el legislador establezca un test de laboralidad lo más objetivo y sencillo posible que permita determinar cuando un conductor o repartidor debe ser calificado como trabajador subordinado o como contratista independiente. Mientras menos elementos contenga, más fácil y transparente será su aplicación.³⁴ En tal sentido, propongo poner todo el acento del test (criterio) en la proporción de los ingresos (precio cobrado al cliente) que percibe el conductor o repartidor, por cada encargo. A manera de ejemplo, si el conductor o repartidor percibe más del 60% de la tarifa cobrada al cliente final sería considerado un contratista independiente a los efectos de la legislación laboral venezolana.³⁵ Este enfoque tiene varias ventajas. Primero, es un incentivo para que las empresas de tecnología compartan un mayor porcentaje de los ingresos que generan por la intermediación, mejorando la posición económica y el ingreso disponible del prestador de servicios. Es decir, un eventual desequilibrio contractual se ve compensado por una mayor participación del prestador del servicio en la tarifa. Segundo, permite a las empresas de tecnología ofrecer a los conductores y repartidores ciertos beneficios (por ejemplo, un seguro contra accidentes) sin que ello sea tomado como un indicio de laboralidad. Tercero, por las mismas circunstancias económicas del país, muchos conductores y repartidores no contarán con los vehículos o los teléfonos inteligentes y planes de datos para prestar servicios a través de las plataformas y éstas podrían suministrarlo sin que –nuevamente– sea considerado un indicio de laboralidad. Cuarto, este criterio permite brindar en forma expedita a los operadores de la actividad de plataformas un piso legal sólido y

³⁴ Pensamos que incorporar otros indicios al test puede complicar su aplicación. Por ejemplo, si uno de los elementos del test para excluir la laboralidad del conductor es que preste sus servicios menos de un determinado número de horas a la semana –20 horas por ejemplo– para una plataforma, se estaría limitando la oferta del servicio y la demanda de trabajo. La inclusión de este elemento estaría justificada por la necesidad de proteger a aquellos conductores y repartidores con alto grado de dependencia económica.

³⁵ El porcentaje mínimo de participación del conductor o repartidor para que puedan ser considerados como contratistas independientes debe ser fijado por la ley en consulta con las empresas del sector, tomando en cuenta el riesgo país.

concentrarse en los demás desafíos del negocio en Venezuela. No es necesario esperar una reforma integral de la ley del trabajo para introducir este criterio pues perfectamente puede hacerse en el marco de las leyes de transición económica y social. Esta es, definitivamente, la opción que para nosotros permite impulsar la inversión en plataformas digitales y dinamizar la creación de nueva ocupación a través de las mismas y, por tanto, es la que está en mayor sintonía con las urgentes necesidades de la economía venezolana.

La cuarta, y última opción, consiste en dotar al prestador de servicios contratado a través de plataformas de un estatuto propio y diferenciado tanto del trabajador subordinado como del contratista independiente, siguiendo los ejemplos que hemos visto del derecho comparado. Vislumbramos esta propuesta en el mediano plazo, una vez que el sector se ha consolidado y existe la suficiente experiencia para entender si es necesaria una regulación, y en qué términos, o es más deseable que el régimen transitorio siga en vigencia. Desde luego, que la adopción de esta nueva categoría híbrida por vía legislativa debe ir precedida de un proceso de consulta con los interlocutores sociales (empresas de intermediación tecnológica, conductores y repartidores, empresas que proveen las plataformas de pago, aseguradoras, entre otros). Este proceso puede definir qué derechos y beneficios son consistentes con la forma como el trabajo se desenvuelve en estos sectores, donde ciertamente los prestadores de servicios están dispuestos a intercambiar en buena medida la protección de la legislación laboral por la flexibilidad en el tiempo y forma de ejecutar el trabajo. Dejando, eso sí, un amplio juego a la autonomía de voluntad para que los prestadores de servicios y las empresas de tecnología puedan “autoregular” las condiciones contractuales de forma versátil.

La pretensión de universalidad de la legislación laboral para regular las nuevas formas de trabajo está siendo puesta a prueba por la irrupción de nuevas tecnologías. La idea de que “un traje sirve para todas las tallas” luce especialmente inapropiada para abordar el tratamiento del trabajo contratado a través de plataformas digitales. En estos tiempos, la idea de tener diferentes derechos para diferentes trabajadores parece más realista y prometedora.

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

Carlos E. Weffe H.*

SUMARIO

I. Introducción. II. La tributación de los servicios personales. La dependencia como criterio de diferenciación de los regímenes tributarios aplicables. Algunos problemas. III. Consecuencia, el problema: conflicto de calificación laboral, relevante para la determinación del tributo. Dos aproximaciones. IV. Una posible solución: examen indiciario, sometido a la sana crítica. El test de autonomía del IRS. Otros tests aplicables. V. El test de autonomía del IRS en la práctica. VI. Conclusiones.

I. Introducción

En tanto hecho económico,¹ el trabajo muestra la capacidad de las partes de la relación laboral de contribuir con la satisfacción de necesidades colectivas. 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.

* Senior Research Associate, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Países Bajos. Lecturer, Advanced Master's in International Taxation, IBFD-Universiteit van Amsterdam, Países Bajos. Profesor Asociado y ex Jefe de la Cátedra de "Finanzas Públicas", Universidad Central de Venezuela.

¹ Al decir de la Iglesia Católica, el trabajo "es fuente de riqueza o, al menos, de condiciones para una vida decorosa, y, en general, instrumento eficaz contra la pobreza". No puede ser de otro modo, pues como dice la Sagrada Escritura, "La mano perezosa atrae la pobreza; la mano diligente se enriquece" (Proverbios 10:4). Iglesia Católica: *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Recuperado de: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html#PRESENTACI%C3%93N. Acceso: 20 de octubre de 2019.

El trabajo es, quizá, la forma de renta vinculada más directamente a la satisfacción de las necesidades propias de la existencia humana y, por ello, más sensible a los mandatos axiológicos de la dignidad como fundamento del Derecho.²

A este respecto, debe tenerse presente que en el caso de la tributación de las rentas del trabajo el contribuyente es, siempre, una persona natural. Por principio, la tributación de las personas naturales debe tomar en consideración las condiciones y actos económicos mínimos para la preservación de la dignidad humana, bajo la figura del llamado mínimo vital:³ gastos normales y necesarios para el normal desarrollo de sus actividades y para la existencia digna, preservando el derecho al ahorro (y por esa vía al progreso económico) y a la familia, a través del reconocimiento de las erogaciones con causa en la manutención de la institución familiar.⁴ De este modo, *en principio* la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas naturales –y por esa vía, de los trabajadores– equivaldrá, *grosso modo*, a la diferencia entre los ingresos percibidos y un mínimo vital elevado, lo que facilita la determinación del tributo y coadyuva en la reducción de la elusión tributaria.⁵

II. La tributación de los servicios personales. La dependencia como criterio de diferenciación de los regímenes tributarios aplicables. Algunos problemas

Sin embargo, el régimen tributario aplicable a los servicios personales se bifurca en razón de la dependencia o no del prestador frente

² Véase, Betty Andrade Rodríguez, *Inmunidad tributaria de los derechos humanos: capacidad contributiva y mínimo vital*, Thomson Reuters. Ciudad de México, 2018, pp. 42-47; Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Pedro M. Rosario Barbosa (Editor), 2007, p. 47. Recuperado de: https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf. Acceso: 10 de noviembre de 2019. Georg W.F. Hegel, *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho, o compendio de Derecho natural y ciencia del Estado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pp. 98, 108, 148; y Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 155-156.

³ Sobre el concepto de mínimo vital, véase Betty Andrade Rodríguez, *ob.cit.*, pp. 285-318.

⁴ Betty Andrade Rodríguez, “El principio de progresividad en el régimen de tributación del Impuesto sobre la Renta de las personas naturales”, *X Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, AVDT, Caracas, 2011, p. 320.

⁵ *Ibidem*, p. 328.

al empresario. Se habla entonces de prestación de servicios personales *independientes*,⁶ llevadas a cabo por un *contratista*, o de servicios personales *dependientes*,⁷ objeto material del Derecho del Trabajo.⁸

La tributación de las rentas derivadas de servicios personales independientes tiene variaciones significativas respecto del régimen tributario aplicable a las rentas derivadas del trabajo. A nivel doméstico, por regla general el contratista independiente está obligado a considerar todas sus remuneraciones como ingreso gravable, y tiene derecho a la deducción de *todos* sus costos y gastos,⁹ siempre y cuando —claro está— éstos se hallen vinculados racionalmente con la producción del enriquecimiento neto gravable: erogaciones causadas, normales y necesarias para la producción de la renta.¹⁰

Por el contrario, la determinación de las rentas del trabajo se basa grandemente en el uso de presunciones y ficciones, así como de márgenes predeterminados de razonabilidad, para el cálculo de los costos y gastos deducibles del ingreso bruto gravable.¹¹ Como es evidente, ello supone una mayor *rigidez* en la adecuada medición de la capacidad contributiva, y consecuentemente un mayor riesgo de que esta magnitud no tome en consideración las precisas circunstancias personales del contribuyente asalariado.¹² De algún modo, ese rigor se morigera a

⁶ Artículo 1.630, Código Civil (Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 2.990 Extraordinario, del 26 de julio de 1982) y Artículo 36, Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, del 7 de mayo de 2012).

⁷ Artículo 35, Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

⁸ Esto es, el vínculo jurídico mediante el cual una persona natural (trabajador) presta voluntariamente servicios personales en beneficio, bajo dependencia y por cuenta de otro (empleador o patrono), quien, al tiempo que tiene el derecho de dirigir al trabajador y de gozar de los frutos de su obrar, está obligado a remunerarlo. César Augusto Carballo Mena, *Derecho Laboral Venezolano: Ensayos*, UCAB, Caracas, 2008, p. 96.

⁹ Véase, Kenneth Carter *et al*, *Report of the Royal Commission of Taxation, Volume 3, Taxation of Income. Part A – Taxation of Individuals and Families*, Gobierno de Canadá, Ottawa, 1966, pp. 284-285. Un breve comentario sobre la propuesta del Informe Carter respecto de la tributación del trabajo puede verse en Betty Andrade Rodríguez, “El principio...”, *ob.cit.*, pp. 332-334.

¹⁰ Artículos 21 y 27, Ley de Impuesto sobre la Renta (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.210 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015).

¹¹ Kenneth Carter *et al*: *op. cit.*, pp. 290, 293, 309.

¹² Betty Andrade Rodríguez, “El principio...”, *ob.cit.*, pp. 327-328; y Betty Andrade Rodríguez, *Inmunidad...*, *ob.cit.*, p. 286.

través de la no sujeción, de la exención o del diferimiento de impuestos sobre determinadas categorías de ingresos del trabajador: indemnizaciones laborales,¹³ aportes a cajas de ahorro,¹⁴ fondos de retiro, pensiones,¹⁵ beneficios sociales de carácter no remunerativo,¹⁶ etc., así como reglas adicionales de limitación presuntiva del ingreso bruto sujeto a tributación.¹⁷ Sin embargo estas previsiones, antes que atender a la medición de la capacidad contributiva derivada de la prestación de servicios, constituyen más bien técnicas integradas de protección del mínimo vital, con lo que, en lo esencial, se evidencia inequidad en el tratamiento de las categorías de rentas estudiadas, en lo atinente a la deducción de costos y gastos asociados a la producción del enriquecimiento.¹⁸

A lo dicho se suma, además, la presión fiscal indirecta asociada a cada una de estas formas de tributación. El trabajo supone una mayor carga tributaria para el empleador, bajo la forma de retenciones en la fuente y contribuciones de seguridad social, gravámenes que en el caso de los contratistas independientes son normalmente menores (retenciones), o incluso inexistentes (contribuciones de seguridad social). Esta circunstancia justifica la tendencia a manipular indebidamente la forma jurídica de las relaciones laborales bajo el esquema formal de la contratación independiente. Para el patrono, esto significa evitar las obligaciones de pago de salario mínimo y horas extras, así como las compensaciones de desempleo y las contribuciones de seguridad social.

¹³ Artículo 14.4, Ley de Impuesto sobre la Renta.

¹⁴ Artículo 14.8, Ley de Impuesto sobre la Renta.

¹⁵ Artículo 14.6, Ley de Impuesto sobre la Renta.

¹⁶ Artículo 105, Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

¹⁷ Artículo 77, Ley de Impuesto sobre la Renta. A este respecto, famosa es la disputa respecto de la aplicabilidad del concepto de *salario normal*, contenido en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para la integración de la base de cálculo de cualesquiera tributos que afecten al trabajo, en los términos del artículo 107 *eiusdem*: el impuesto sobre la renta, según el artículo 31 de su Ley, y contribuciones parafiscales como las debidas al Instituto Nacional de Cooperación y Educación Socialista (INCES). Al respecto, véase la SSC 301/2007 de 28 de febrero, caso *Adriana Vigilanza García et al. v. República* (nulidad parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta). Recuperado de: <https://vlexvenezuela.com/vid/adriana-vigilanza-garcia-283331079>. Acceso: 9 de noviembre de 2019; Betty Andrade Rodríguez, “Análisis de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la base de cálculo del impuesto sobre la renta de los asalariados”, *Anuario de Derecho Público No. 2*, Centro de Estudios de Derecho Público UMA, Caracas, 2009, pp. 329-344, *et passim*.

¹⁸ Betty Andrade Rodríguez, “*El principio...*”, *ob.cit.*, pp. 333-334.

Para el trabajador, esto significa evitar un régimen tributario que puede resultar más oneroso, tanto por la imposibilidad de deducir todos sus costos y gastos como por la aplicación de retenciones en la fuente más altas, como se ha visto en lo hasta ahora expuesto.¹⁹

Así, en la aplicación del Derecho Tributario doméstico a los rendimientos del trabajo, se hace necesario distinguir, fáctica e interpretativamente, entre los servicios propios de la relación de trabajo y los prestados a título independiente, de modo de garantizar la correcta aplicación del régimen propio de cada tipo de enriquecimiento, por un lado, y de evitar la creación de oportunidades para la no tributación, o la tributación reducida, a través de evasión o elusión tributaria.²⁰

Una distinción equivalente caracteriza a la técnica de distribución de poder tributario para el gravamen de los servicios personales con elementos de extranjería fiscalmente relevantes.

Respecto de los servicios personales independientes, entre 1963 y 2000 el artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (MOCDE) reguló, específica y diferenciadamente, la atribución de poder tributario a las jurisdicciones involucradas en la prestación transfronteriza de estos servicios. En efecto, el artículo atribuía al Estado de residencia fiscal del contratista poder exclusivo de tributación sobre las rentas derivadas de sus servicios, salvo que el contratista independiente mantuviese *presencia física permanente* (base fija) en el Estado de prestación de los servicios (o en términos de

¹⁹ Estadísticamente hablando, entre un 10 y un 30 % de los negocios manipula la forma contractual de sus empleados para obtener estas ventajas. Anna Deknatel y Lauren 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, No. 1., PennLaw, Philadelphia, 2015, pp. 53-55. Recuperado de: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc>. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

²⁰ Véase el artículo 6 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios. Recuperado de: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>. Acceso: 10 de noviembre de 2019. Sobre la elusión tributaria, véase Carlos E. Wefte, “La elusión tributaria”, *Revista de Derecho Tributario*, No. 122, AVDT, Caracas, 2009, pp. 135-165. Recuperado de: https://www.academia.edu/37294088/La_elusi%C3%B3n_tributaria. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

Derecho Internacional Tributario, la «fuente»²¹. Este régimen, sustancialmente idéntico al aplicable a los beneficios empresariales,²² fue por ello incorporado a la regulación de esa categoría de renta en la versión de 2000 del MOCDE.²³ Contrariamente, el Modelo de Convenio de Doble Imposición entre Países Desarrollados y en Desarrollo de Naciones Unidas (MONU)²⁴ aun mantiene la norma: para sus redactores, los servicios personales independientes provistos por no residentes siguen siendo un elemento muy importante de la renta en el Estado de la fuente, lo que –aunado a su presencia práctica en múltiples convenios tributarios– justifica su gravamen en ese Estado bajo la especialidad del artículo 14.²⁵ En el MONU, la *presencia física permanente* del prestador del servicio por un plazo mayor o igual a 183 días en un período de 12 meses se suma a la regla de base fija como criterio de vinculación

²¹ La última versión del artículo 14.1 del MOCDE (1998) disponía lo siguiente: “*Los enriquecimientos obtenidos por un residente de un Estado contratante en relación con servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente sólo estarán sujetos a imposición en ese Estado, a menos que tenga una base fija a su disposición en el otro Estado contratante para el propósito de realizar sus actividades. Si tiene una base fija de este tipo, los enriquecimientos pueden ser gravados en el otro Estado, pero sólo en la medida en la que ellos sean atribuibles a esa base fija*”. Traducción del autor. OECD: *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris, 1998. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/linkresolver/static/tt_o2_02_eng_1998_mo#tt_o2_02_eng_1998_mo_td1_a14. Acceso: 9 de noviembre de 2019.

²² El Comentario al artículo 14 del MOCDE señala expresamente lo siguiente, como justificación de la exclusión de la regla del Modelo: “*no existían diferencias previstas entre los conceptos de establecimiento permanente, tal como se utilizaban en el artículo 7, y la base fija, tal como se utilizaba en el artículo 14, o entre la forma en que se calculaban los beneficios según el artículo 7 o el artículo 14. Además, no siempre estaba claro qué actividades estaban comprendidas en el artículo 14 en comparación con el artículo 7. El efecto de la supresión del artículo 14 es que los ingresos derivados de servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente se tratan ahora en virtud del artículo 7 como beneficios empresariales*”. Traducción del autor. OECD: *Income and Capital Model Convention and Commentary (Condensed Version)*, Paris, 2017. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/linkresolver/static/tt_o2_02_eng_2017_mo_td2_a14#tt_o2_02_eng_2017_mo_td2_a14. Acceso: 9 de noviembre de 2019.

²³ Véase, D.P. Sengupta, *Article 14 - Independent Personal Services - Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, Ámsterdam, 2019. Sección 1.1.1. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gttc_article14_chaphead. Acceso: 9 de noviembre de 2019.

²⁴ Naciones Unidas: *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. New York, 2018. Recuperado de: https://research.ibfd.org/collections/ttmodel/html/tt_u2_02_eng_2017_mo_td1.html#tt_u2_02_eng_2017_mo_td1. Acceso: 9 de noviembre de 2019.

²⁵ D.P. Sengupta, op.cit., sección 1.1.1.

espacial con el Estado de la fuente,²⁶ y el concepto de servicios personales independientes queda limitado por la noción de «servicios técnicos» a la que se refiere su artículo 12-A.²⁷

Por su parte, el artículo 15 de ambos Modelos distribuye el poder tributario para gravar las rentas del trabajo en situaciones transfronterizas. Bajo su esquema general, el Estado de la residencia tiene poder tributario pleno para gravar los enriquecimientos derivados de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, a menos que el trabajo se realice «habitualmente» en el Estado de la fuente. En caso tal, este último Estado tendrá también el derecho de someter a imposición estos enriquecimientos.²⁸ La «permanencia» en el ejercicio de la actividad en el Estado de la fuente se determinará con base en reglas específicas: (i) presencia física en el Estado de la actividad por un período mayor o igual a 183 días en un período de 12 meses, que comience

²⁶ Artículo 14.1.a), MONU.

²⁷ Véase Adolfo Martín Jiménez, *Article 12 - Royalties (OECD and UN Models) and Article 12A - Technical Services (UN Model (2017)) - Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2019. Sección 5.1.8. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gtcc_article12_chaphead. Acceso: 9 de noviembre de 2019.

²⁸ Pistone opina que el sistema de reglas de los convenios tributarios concede al Estado de la actividad (fuente) la “*titularidad primigenia*” para gravar las rentas del trabajo. Sin embargo, en opinión del autor la interacción de estas reglas suponen una atribución general de poder tributario al Estado de la residencia. La redacción del artículo 15.2, *inversa* respecto de la estructura general de reglas atributivas de poder tributario al Estado de la fuente (como por ejemplo los artículos 10.2, 11.2 y 12.2), sugiere la conclusión de Pistone: el Estado de la residencia gravará estos enriquecimientos solo si se cumplen los requisitos enumerados en la última disposición mencionada. Sin embargo, al constatar la naturaleza de estas condiciones, se evidencia -a juicio del autor- que la norma consagra elementos de *presencia permanente* en el Estado de la actividad del estilo de los del artículo 5 (establecimiento permanente) y 7 (beneficios empresariales), solo que definidos *negativamente*. Así, la regla distribuye poder tributario de un modo muy similar al del artículo 7: el Estado de la residencia gravará exclusivamente los sueldos, salarios y demás remuneraciones similares percibidos por sus residentes, a menos que el trabajador ejerza habitualmente sus funciones en el Estado de la fuente. En este caso, el Estado de la fuente tendrá poder tributario para gravar estos enriquecimientos, *concurrentemente* con el Estado de la residencia. Así las cosas, la diferencia *prima facie* estará en los requisitos para la constatación de la presencia permanente en el Estado de la actividad; establecimiento permanente en un caso, reglas específicas de habitualidad en el otro. Pasquale Pistone, *Article 15 - Income from Employment - Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2019. Secciones 1.1.1.1. y 2.1.1.1. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gtcc_article15_chaphead. Acceso: 9 de diciembre de 2019. Implícitamente, en un sentido parecido al de la opinión del autor, se expresa Michael Lang, *Qualification Conflicts - Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2018. Sección 5.1. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gtcc_qualification_conflicts_chaphead. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

o termine en el ejercicio fiscal de que se trate; (ii) la contraprestación (salario) es pagada por, o en nombre de, un patrono fiscalmente residente en el Estado de la fuente; o (iii) la remuneración es atribuible a un establecimiento permanente²⁹ o a una base fija del patrono en el Estado de prestación de los servicios.³⁰ Naturalmente, en estos casos la doble imposición se evitará a través de la obligación del Estado de la residencia de acreditar el impuesto pagado por el trabajador en el Estado de la fuente, o bien de eximir de imposición estas rentas.³¹

Como desde ya puede verse, ni el MOCDE ni el MONU aclaran qué debe entenderse por «servicios personales independientes»,³² por «empleo» o por «servicios personales dependientes»,³³ abriendo, así, el campo a la dificultad interpretativa.³⁴ El hecho de que la regla distributiva especial de servicios personales independientes (artículo 14) haya sido eliminada del MOCDE no significa que, en la práctica, la disposición no se mantenga en múltiples convenios tributarios,³⁵ y que, en todo caso, sea necesario distinguir entre estos conceptos para determinar el lugar de gravamen de los servicios en función de su naturaleza: beneficios empresariales de un contratista independiente³⁶ o sueldos, salarios y demás remuneraciones similares de un trabajador.³⁷

De este modo, al igual que en el Derecho doméstico, en la aplicación del Derecho Internacional Tributario a las situaciones laborales

²⁹ Sobre el concepto de establecimiento permanente, véase Brian J. Arnold, *Article 5 - Permanent Establishment - Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2019. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/gttc_article5_pe_chaphead. Acceso: 9 de noviembre de 2019.

³⁰ Artículo 15.2 MOCDE y artículo 15.2 MONU.

³¹ Artículo 23, MOCDE y artículo 23, MONU.

³² Véase, Wim Wijnen y Jan de Goede, “The UN Model in Practice 1997-2013”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 68, No. 3, sección 2.16, IBFD, Amsterdam, 2014. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/linkresolver/static/bit_2014_03_un_1. Acceso: 9 de noviembre de 2019. En el mismo sentido, D.P. Sengupta, op.cit., y Pasquale Pistone, op.cit.

³³ Antigua terminología del MOCDE, que mantiene el MONU, para las rentas del trabajo reguladas por el artículo 15.

³⁴ Como advierte con acierto Pistone, el artículo 15 utiliza un grupo numeroso de conceptos no definidos en el MOCDE, lo que abona el camino a la proliferación de conflictos de interpretación respecto de su aplicación, en el sentido del artículo 3.2 del MOCDE y como se abordará en el texto principal. Pistone: op. cit., sección 5.1.2.1.

³⁵ D.P. Sengupta, op.cit., sección 1.1.1., y Pasquale Pistone, op.cit., sección 6.2.6.

³⁶ Artículo 7, MOCDE y artículo 14, MONU.

³⁷ Artículo 15, MOCDE y artículo 15, MONU.

transfronterizas es necesario distinguir, fáctica e interpretativamente, entre los servicios propios de la relación de trabajo y los prestados a título independiente. De ello depende la recta aplicación del sistema tributario, y por esa vía la intangibilidad –desde el punto de vista económico– de los derechos del trabajador.

III. Consecuencia, el problema: conflicto de calificación laboral, relevante para la determinación del tributo. Dos aproximaciones

De este modo, el problema de la delimitación de las fronteras conceptuales del trabajo, como hecho social de significación económica, adquiere carta de naturaleza en el Derecho Tributario³⁸ bajo la forma de un *conflicto de calificación*. En razón de la proximidad ontológica entre los conceptos que los definen, un determinado conjunto de hechos –la prestación de servicios personales– puede ser tenido fácilmente³⁹ como característico de una institución –trabajo– u otra –emprendimiento independiente–, lo que hace divergir el régimen jurídico finalmente aplicable y puede crear, según el caso, inequidades en el justo reparto de la carga tributaria y en la efectiva intangibilidad de los derechos económicos del trabajador.⁴⁰

El problema de la calificación es uno de los más difíciles de resolver en el Derecho,⁴¹ al punto de que se ha comparado a su solución con

³⁸ Véase, Svetislav V. Kostić, “In Search of the Digital Nomad – Rethinking the Taxation of Employment Income under Tax Treaties”, *World Tax Journal*, Vol. 11, No. 2, IBFD, Amsterdam, 2019, p. 216.

³⁹ Como dice con acierto Carballo Mena, “*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*”. César Augusto Carballo Mena, “Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies, Inc. y Dynamex Operations West, Inc.”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 28, UNAM, México, 2019, pp. 3-34. Recuperado de: <https://bit.ly/2CrJW3I>. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

⁴⁰ Michael Lang, op.cit., secciones 1.2. y 2.2.

⁴¹ Véase la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.511, de 6 de agosto de 1998), y Eugenio

la *prestidigitación*.⁴² El objetivo esencial es el de la unidad conceptual: que se atribuya el mismo significado a los conceptos con independencia de quién es su intérprete o aplicador, y que las mismas reglas apliquen uniformemente a todas las situaciones idénticas.⁴³ En el caso bajo análisis, esa unidad interpretativa proviene, en principio, de un cierto consenso respecto del contenido del concepto de «empleo», que del Derecho Laboral se extiende –también– al Derecho Tributario.⁴⁴ Esa habría sido, de hecho, la base de la regulación convencional de la tributación de las rentas del trabajo, expresada idealmente en el MOCDE y el MONU.⁴⁵

Sin embargo, la concreción de ese consenso en la práctica regulativa es, como ya hemos podido comprobar, particularmente difícil.⁴⁶ Ello justificaría el uso de presunciones de laboralidad a efectos tributarios para determinados servicios,⁴⁷ o bien –según un sector doctrinal– una

Hernández-Bretón, “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado”, *Cuadernos Unimetanos*, No. 11, UNIMET, 2007, pp. 231. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3997763.pdf>. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

⁴² Según la opinión de Friedrich Juenger, citado por Eugenio Hernández-Bretón: op.cit., p. 228.

⁴³ Michael Lang, op.cit., sección 1.1.

⁴⁴ Señala Coulombe al respecto que “*el principio o el criterio fundamental que se utiliza para determinar si los servicios prestados por una persona constituyen o no servicios prestados en el marco de una actividad independiente, es aproximadamente el mismo en todos los países*”. Estos criterios son: (i) subordinación del trabajador al patrono; (ii) control del patrono; (iii) dependencia económica del trabajador; (iv) provisión por el patrono de las herramientas, materiales y el lugar de trabajo; (v) obligaciones de reporte del trabajador. Gérard Coulombe, “Ponencia general”, *Cahiers de droit fiscal international*, Volumen LVIIb, IFA, Deventer, 1982, pp. 92-94. Con ese entendimiento general concuerda Kostić, quien identifica la definición consensual con la contenida implícitamente en el párrafo 8.13 del comentario al artículo 15 MOCDE (2017). Kostić, op.cit., pp. 214, 219.

⁴⁵ El párrafo 8 del comentario al artículo 15 MOCDE (1992) refería a un entendimiento común del término «empleador» como la persona con derechos sobre el trabajo producido y obligación de asumir los riesgos y responsabilidades asociados a la faena. Esa terminología se reproduce en el párrafo 8.13 del comentario al artículo 15 MOCDE (2017). Véase, Luc De Broe, “Article 15”, en *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4a edición, Kluwer Law International, Aalpen van den Rijn, 2015, Vol 1, párr. 93; y Kostić, op.cit., p. 219.

⁴⁶ “*Desalentadora*”, la llama Kostić, op.cit., p. 214.

⁴⁷ Es el caso de la legislación británica respecto de los servicios de buzos en la plataforma continental, que son tenidos por contratistas independientes solo a fines tributarios. Estas reglas fueron analizadas detenidamente en el caso *Fowler v. Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs (HMRC)*, en el contexto de la aplicación del CDI entre el

bifurcación conceptual, a través de la creación de una definición autónoma de «empleo» a fines tributarios con fundamento en la autonomía conceptual del Derecho Tributario, si bien con límites negativos derivados de aquellas situaciones en las que el Derecho Laboral niega todo efecto laboral a determinadas formas contractuales.⁴⁸ Este concepto especial estaría particularmente destinado a incorporar dentro del ámbito de la tributación de las rentas del trabajo los enriquecimientos obtenidos en situaciones límite, como las que –por ejemplo– han surgido al calor de la digitalización de la economía.⁴⁹ Adicionalmente, la definición auténtica propuesta permitiría separar la calificación de una determinada relación a la luz del Derecho Laboral de la efectuada bajo

Reino Unido y Sudáfrica. Véase sentencia del 15 de noviembre de 2018, *Fowler v HMRC*, Case [2018] EWCA Civ 2544 (England and Wales Court of Appeal, Civil Division). Recuperado de: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5bf27cfd2c94e00b76de718c#>. Acceso: 12 de noviembre de 2019. Véase también Alex Jupp y Joshua Atkinson, “Fowler v. HMRC and the Murky Waters of Treaty Interpretation”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 73, No. 6/7, IBFD, Amsterdam, 2019, pp. 347-359. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/bit_2019_06_uk_2. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

⁴⁸ Kostić, op.cit., pp. 217-218. El Servicio de Rentas Internas (IRS) de los Estados Unidos sigue esta tendencia, en los casos de los llamados *statutory employees*. Independientemente de su calificación a otros fines, el IRS tendrá como trabajadores a: (i) un chofer de entregas a domicilio, en tanto sea un agente del empleador o sea remunerado por comisiones, (ii) un vendedor de seguros cuya actividad principal sea la de vender seguros de vida o contratos de renta vitalicia predominantemente para una compañía de seguros, (iii) un sujeto que trabaje desde su casa con materiales o bienes suministrados por el contratante y que deben ser devueltos a éste, en tanto el prestatario reciba instrucciones para la realización de su trabajo, y (iv) un agente de ventas itinerante que trabaja en nombre del contratante y remite órdenes al empleador de mayoristas, detallistas, distribuidores u operadores de hoteles, restaurantes, etc. Paralelamente, el IRS califica como contratistas independientes a: (i) vendedores directos pagados por comisión, o distribuidores y vendedores de periódicos, (ii) agentes inmobiliarios matriculados, y evaluadores inmobiliarios, y (iii) personas de compañía, cuando no están contratados por una empresa dedicada a la prestación de estos servicios. David Bauer, “The Misclassification of Independent Contractors: The Fifty-Four Billion Dollar Problem”, *Rutgers Journal of Law and Public Policy*, Vol. 12, No. 2, Rutgers University, Camden, 2015, pp. 157-158. Recuperado de: https://ntassoc.com/uploads/files/Bauer_Misclassification_Contractors.pdf. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

⁴⁹ Como por ejemplo, los derivados de la denominada «economía colaborativa», como *Uber*, etc. Ello, incluso, ha llevado a cierto sector de la doctrina a proponer un *tertius genus*, el «trabajador independiente». Véase, Carballo Mena, “Vestigios...”, ob.cit.; Betty Andrade Rodríguez, “Retos de la tributación de la economía colaborativa en Latinoamérica II”, *Retos y Oportunidades de la Administración Tributaria en la Era Digital*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 311-344; y Kostić, op.cit., p. 222.

las reglas y principios del Derecho Tributario, de manera que alinea las soluciones prácticas con el objeto y propósito de la regulación tributaria –bajo riesgo de «contaminación», si se permite el término, de finalidades extrañas a la tributación, como son las del Derecho Laboral– y resuelve, a fines de la aplicación de las normas tributarias, el problema calificativo en comentarios.⁵⁰

Respetuosamente disentimos. En primer lugar, el Derecho debe procurar la armonía de sus soluciones.⁵¹ La creación de nuevas definiciones que, en lugar de sustituir, se superpongan a las ya existentes, puede crear nuevas contradicciones y lagunas interpretativas entre los regímenes jurídicos aplicables al hecho social del trabajo, desvirtuando así el propósito de unidad conceptual perseguido en la solución de los conflictos de calificación. Tal como lo reconoce el sector doctrinal en comentario, la legislación tributaria no puede concluir independientemente que una relación de trabajo existe donde la ley laboral expresamente declara lo contrario.⁵² Segundo, no es cierto que las finalidades del Derecho Tributario y las del Derecho Laboral son diferentes, de modo que se justifique una solución autónoma al conflicto de calificación en desmedro del objeto y razón de la legislación laboral.⁵³ Como se dijo previamente, ambas disciplinas jurídicas buscan, desde sus particulares aproximaciones, la protección de la dignidad y la garantía de la

⁵⁰ En las palabras de Kostić, “[l]os términos ‘empleo’ y ‘empleador’ no pueden seguir siendo usados con certeza de significado, y no es la diferencia de interpretación entre los Estados contratantes la cuestión principal. Nos enfrentamos a una situación en la que no podremos decir con certeza lo que [estos conceptos] abarcan desde la perspectiva de cada Estado contratante. Así la cuestión no es si un Estado en particular aplicó el artículo apropiado de un convenio tributario, sino qué artículo debe aplicar”. Traducción libre del autor. Kostić, op.cit., pp. 218, 220, 225

⁵¹ Así ocurre, por ejemplo, en el Derecho Internacional Privado. Véase, Claudia Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*, UCV, Caracas, 2004, p. 100.

⁵² Kostić, op.cit., pp. 217-218. Sin embargo, el *Employment Status Report* de la oficina de simplificación tributaria del Reino Unido defiende la posibilidad de la calificación autónoma del trabajo para fines tributarios, cuando estatuye el carácter no vinculante de las decisiones de los tribunales laborales a estos efectos. Véase, HRMC Office of Tax Simplification, *Employment Status Report*, Londres, 2015, pp. 76-77. Recuperado de: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/537432/OTS_Employment_Status_report_March_2016_u.pdf. Acceso: 11 de noviembre de 2019.

⁵³ Kostić, op.cit., p. 220.

intangibilidad de los derechos del trabajador, teniendo particularmente en cuenta su condición de *débil*, no solo jurídico sino especialmente económico, lo que en el Derecho Tributario se instrumenta a través de la protección del mínimo vital.⁵⁴ Tercero, considerando que todas las aproximaciones al fenómeno en estudio parten de una *comprensión común*, es propio concordar con Pistone⁵⁵ en que la respuesta es posible de hallar a través de una metodología que permita la interacción coherente⁵⁶ de los elementos domésticos e internacionales –y agregamos nosotros, laborales y tributarios– para, así, tener un piso relativamente firme de análisis de los hechos y circunstancias de cada caso concreto. Este último, y la relativa indeterminación que de él se deriva, son a juicio del autor un paso y una consecuencia *inevitables*, considerando la especial naturaleza de la relación bajo estudio y lo difuso de sus límites prácticos.⁵⁷

En efecto, *prima facie* saltan a la vista dos elementos en la situación en estudio. El primero es que sin patrono no puede haber trabajo, de modo que para definir a aquél es indispensable la presencia de éste.⁵⁸ En segundo lugar, el carácter dependiente es connatural al concepto de trabajo, y –como tal– constituye el criterio esencial de distinción de éste respecto de cualquier actividad independiente.⁵⁹ Con ello, el problema

⁵⁴ En contra Kostić, op.cit., p. 220.

⁵⁵ Pistone, op.cit., sección 5.1.

⁵⁶ De un modo muy semejante al que, para la interpretación constitucional, propone Richard H. Fallon Jr., “A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 6, The Harvard Law Review Association, 1987, pp. 1189–1286. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/1341158>. Acceso: 11 de noviembre de 2019.

⁵⁷ Se ha dicho, con acierto, que la calificación entre contratista independiente y empleado es “*quizás la quintaesencia del ejemplo de un análisis de hechos y circunstancias*”. Traducción libre del autor. Robert W. Wood, “Independent Contractor v. Employee and Blackwater”, *Montana Law Review*, Vol. 70 No. 1, 2009, p. 110. Recuperado de: <https://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol70/iss1/4>. Acceso: 13 de noviembre de 2019. Esta aproximación ha sido objeto de crítica, por su relativa facilidad de manipulación y por la incertidumbre que genera respecto del *status* del trabajador. Véase Deknatel y Hoff-Downing, op.cit., p. 60.

⁵⁸ Pistone, op.cit., sección 5.1.3.1.1.

⁵⁹ Así lo afirma Lang, para quien “*es evidente que todos los tipos de actividades independientes están cubiertas y que este término debe sobre todo distinguirse del empleo, fundamentalmente regulado en el artículo 15 del Modelo OCDE*”. La dependencia, afirma Lang siguiendo a Coulombe, “*es el elemento más importante a los propósitos del artículo 15 del Modelo OCDE*”. Lang, op.cit., sección 5.2.1; y Coulombe, op.cit., p. 90.

se «reduce» a determinar cuándo, bajo una determinada situación, los servicios prestados por una persona natural califican o no como prestados en condición de «dependencia» en beneficio de un empleador,⁶⁰ para lo cual se deberá prestar atención, en principio, a la convención entre las partes, la integración del prestatario en la organización del prestador y el tipo de remuneración.⁶¹ Este es el sentido, por ejemplo, que le han dado las definiciones auténticas contenidas en algunos convenios tributarios.⁶²

Así, una posible aproximación es la de entender dependientes aquellos servicios en los que (i) el prestador no asume los riesgos empresariales ni responsabilidades derivados de la realización de sus funciones, sino que los asume el prestatario,⁶³ (ii) el prestatario tiene derecho a dirigir la prestación de los servicios,⁶⁴ y (iii) el prestatario tiene derecho

⁶⁰ Concepto este último que presenta importantes dudas interpretativas, en razón de factores asociados a la capacidad de control, la asunción de las cargas económicas –salarios– y de los riesgos derivados de la actividad empresarial a la que está integrada la fuerza del trabajador. Véase Pistone, op.cit., sección 5.1.3.4.

⁶¹ Lang, op.cit., sección 2.1.2.

⁶² El artículo 15.3 del Convenio de Doble Imposición (CDI) entre Chequia y Chile (2015) define el término «empleador» conforme a la ley doméstica del Estado de la actividad. A todo evento, la definición debe incluir el derecho del empleador a los frutos del trabajo producido, así como la responsabilidad y los riesgos derivados del desempeño de la actividad. Recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/linkresolver/static/tt_cl-cz_02_eng_2015_tt_td1#tt_cl-cz_02_eng_2015_tt_td1_a15. Otro tanto ocurre con el artículo 14.4 del CDI entre Armenia y Eslovaquia (2015), recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_am-sk_02_eng_2015_tt_td1; el artículo 14.4 del CDI entre Chequia e Irán (2015), recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_cz-ir_01_eng_2015_tt_td1; el artículo 14.3 del CDI entre Chequia y Corea del Sur (2018); recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_cz-kr_01_eng_2018_tt; el artículo 15.3 del CDI entre Chequia y Taiwan (2017), recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_cz-tw_01_eng_2017_tt; el artículo 15.4 del CDI entre Chequia y Turkmenistán (2016), recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_cz-tm_02_eng_2016_tt_td1; el artículo 15.3 del CDI entre Etiopía y Eslovaquia (2016), recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_et-sk_01_eng_2016_tt_td1; y el artículo 15.3 del CDI entre Eslovaquia y los Emiratos Árabes Unidos (2015), recuperado de: https://research.ibfd.org/#!/doc?url=/linkresolver/static/tt_sk-ae_01_eng_2015_tt_td1. Acceso por todos: 11 de noviembre de 2019.

⁶³ Párrafo 8.13 del Comentario al artículo 15 del MOCDE (2017).

⁶⁴ Párrafo 8.14 del Comentario al artículo 15 del MOCDE (2017). A este elemento hace también referencia el párrafo 8.3.a) del Comentario al artículo 15 del MOCDE (2017), cuando al procurar regular los arreglos denominados “*hiring out of labour*”, o tercerización, crea la distinción entre el empleador «de iure» y el empleador «de facto». Para ambos casos, es

a controlar el tiempo y modo de realización del servicio,⁶⁵ en lugares sujetos a su supervisión y responsabilidad.⁶⁶ Estos elementos han sido señalados por la OCDE como elementos esenciales al concepto de «servicios personales dependientes».⁶⁷

Abundando al respecto, el párrafo 8.14 del Comentario al artículo 15 MOCDE enumera una serie de vestigios de posible autonomía, aplicables a la calificación de situaciones con elementos de extranjería fiscalmente relevantes. En este contexto, la laboralidad o no de los servicios prestados se determina con base en la atribución fáctica al presunto empleador de las siguientes funciones: (i) capacidad de dar instrucciones al trabajador en relación con el modo en que debe realizarse el trabajo; (ii) control de, y responsabilidad sobre, el lugar en el que se lleva a cabo el trabajo; (iii) facturación de la remuneración percibida por la persona física directamente a la empresa que recibe los servicios; (iv) dejar a disposición del trabajador herramientas y material necesario; (v) determinación del número de personas para el desarrollo del trabajo y su cualificación; (vi) capacidad de elección de la persona que desempeñará las funciones, y para la terminación de la relación; (vii) capacidad de imposición de medidas disciplinarias; (viii) determinación del horario de prestación de los servicios y períodos vacacionales.⁶⁸

Esta tendencia al empleo de elementos indiciarios para la determinación del carácter laboral de los servicios prestados por una persona natural es, de hecho, reiterada en la jurisprudencia comparada. En *Wolf v. The Queen*,⁶⁹ la Corte Federal de Apelaciones de Canadá asentó que

importante que el empleador, directa o indirectamente, supervise, dirija o controle la manera en la que los servicios se prestan.

⁶⁵ Párrafo 8.14 del Comentario al artículo 15 del MOCDE (2017).

⁶⁶ Lang, op.cit., sección 5.4.1.

⁶⁷ OECD: *Revised Draft Changes to the Commentary on Paragraph 2 of Article 15 – Discussion Draft*. Paris, 2007. Recuperado de: https://research.ibfd.org/collections/oecd/pdf/oecd_tt_discussion_draft_rev_draft_changes_commentary_a15_2007.pdf#oecd_tt_discussion_draft_rev_draft_changes_commentary_a15_2007. Acceso: 10 de noviembre de 2019. Pistone, op.cit., sección 5.1.3.1.3.

⁶⁸ Párrafo 8.14 del Comentario al artículo 15 del MOCDE (2017).

⁶⁹ *Wolf v. The Queen*, 2000 DTC 2595 (T.C.C.) and 2002 DTC 6853 (F.C.A.) (Federal Court of Appeal) Recuperado de: https://research.ibfd.org/collections/ttcls/html/cl_ca_2002-03-15_1-fulltext.html#cl_ca_2002_03_15_1_tteld. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

un elemento único no es determinante de la naturaleza laboral de la relación, si bien se fundamentó mayoritariamente en el indicio de *control* para determinar el carácter independiente de los servicios del contribuyente.⁷⁰ Otro tanto ocurrió en Dinamarca,⁷¹ en el que el tribunal fiscal danés de Distrito de Byretten utilizó idénticos criterios, ya no para la determinación de la naturaleza de los servicios, sino de la identidad del *patrono* a los efectos de la práctica de las retenciones de impuesto sobre la renta. Por su parte, la *Högsta förvaltningsdomstolen* (Tribunal Supremo Administrativo) de Suecia dictaminó que los servicios de directores, como criterio general, deben ser calificados como de naturaleza laboral, a menos que sean de naturaleza muy específica y limitados en el tiempo.⁷²

Como puede deducirse, la determinación de la naturaleza laboral o no de la actividad desarrollada por el contribuyente pasa, también en el Derecho Tributario, por la identificación de una serie de *indicadores de subordinación o dependencia*,⁷³ que actúan como *test de sustancia sobre forma*⁷⁴ y cuya existencia en el caso concreto —a través de un examen indiciario de hechos y circunstancias— deberá determinar, finalmente, la calificación que deba darse a los servicios prestados por el contribuyente.⁷⁵

⁷⁰ Véase Nathan Boidman, “Canadian Taxation of Foreign Service Providers: Treaty Issues and Court Decisions”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 56 No. 7, pp. 322-323. Recuperado de: <https://research.ibfd.org/collections/bit/pdf/bifd070203.pdf#bifd070203>. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

⁷¹ DK No. BS 1-1982/2009 / SKM No. 2011.86 (Byretten District Court). Recuperado de: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/linkresolver/static/cl_dk_2010_12_21_1. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

⁷² Véase, Petter Frodeberg, *Sweden – High Court Says Fees to Directors Taxable as Employment Income*. Recuperado de: <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2017/07/flash-alert-2017-121.html>. Acceso: 10 de noviembre de 2019.

⁷³ El término es de Carballo Mena, “Vestigios...”, *ob.cit.*, p. 3.

⁷⁴ Sin embargo, Pistone opina que en el contexto de los convenios tributarios, antes que un análisis de sustancia sobre forma, la estructura interpretativa del artículo 15 MOCDE constituye un marco condicional para la caracterización del servicio con base en la ley doméstica de los estados involucrados, tomando en cuenta todos los elementos de análisis disponibles con base en el convenio y en el comentario de la OCDE al mencionado artículo 15. Pistone, *op.cit.*, sección 5.1.3.1.5.

⁷⁵ Véase el párrafo 8.11 del Comentario al Artículo 15 del MOCDE.

IV. Una posible solución: examen indiciario, sometido a la sana crítica. El *test* de autonomía del IRS. Otros *tests* aplicables

Esta segunda aproximación, la del análisis de hechos y circunstancias sobre la base de indicadores de subordinación o dependencia, es la adoptada por el Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos (IRS) desde 1987⁷⁶ para la determinación del carácter independiente o no de los servicios personales a efectos tributarios.⁷⁷ En este sentido, la *Revenue Ruling 87-41* (1987-1 C.B. 296)⁷⁸ listó 20 vestigios de laboralidad,⁷⁹ sobre la base de un compendio de decisiones administrativas y judiciales sobre la materia emitidas en los 40 años previos a su emisión, sobre la base general del derecho del contratante a controlar únicamente el resultado del trabajo, y no lo que se hace ni como se hace.⁸⁰

El IRS agrupó posteriormente estos vestigios de laboralidad en tres grupos: (i) *examen conductual*: ¿la compañía controla, o tiene el

⁷⁶ Un resumen de la evolución histórica del *test* de autonomía del IRS puede consultarse en Sanford Goodner, Katherine y Ramsey, Ursula: “Certified Professional Employer Organizations and Tax Liability Shifting: Assessing the First Two Years of the IRS Certification Program”, en *Berkeley Business Law Journal* Vol. 16, No. 2. Berkeley, 2019, pp. 578-580. Recuperado de: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=bblj>. Acceso: 13 de noviembre de 2019.

⁷⁷ Webb, Theresa *et al*: “An Empirical Assist in Resolving the Classification Dilemma of Workers as Either Employees or Independent Contractors”, en *The Journal of Applied Business Research*, Vol. 24, No. 2. 2008, p. 46. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/47230046.pdf>. Acceso: 11 de noviembre de 2019.

⁷⁸ IRS: *Revenue Ruling 87-41, Employee Relationship Guidelines for Federal Employment Tax*. 1987-1 C.B. 296; 1987-23 I.R.B. 7, del 8 de junio de 1987. Recuperado de: <http://cehdclass.gmu.edu/jkozlows/tax2.htm>. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

⁷⁹ A saber: (i) instrucciones, (ii) entrenamiento, (iii) integración en la operación del prestatario, (iv) carácter personalísimo de los servicios, (v) contratación, supervisión y pago de asistentes por el prestador, (vi) continuidad en la relación, (vii) horario fijo de trabajo, (viii) requerimiento de dedicación exclusiva en tiempo, (ix) trabajo en las instalaciones del prestatario, (x) orden o secuencia de las tareas determinadas por el prestatario, (xi) reportes orales o escritos por el prestador, (xii) pagos por hora, semana o mes, (xiii) pago de gastos de representación o viáticos, (xiv) provisión de insumos y materiales, (xv) inversión significativa en infraestructura por el prestador, (xvi) riesgos económicos por el prestador, (xvii) prestación de servicios a múltiples clientes, (xviii) disponibilidad del servicio prestado al público en general, (xix) derecho a la terminación unilateral por el prestatario (*right to discharge*), y (xx) derecho a la terminación unilateral por el prestador (*right to terminate*).

⁸⁰ IRS: *Independent Contractor Defined*. Recuperado de: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-defined>. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

derecho de controlar lo que el prestador del servicio hace y cómo hace su función?, (ii) *examen financiero*: ¿los aspectos comerciales de los servicios prestados son controlados por el pagador?, lo que incluye parámetros como la forma de pago, reembolso de gastos, provisión de insumos y herramientas, etc., y (iii) *examen temporal*: ¿hay contratos escritos, o beneficios contractuales del tipo de los laborales, como por ejemplo planes de pensiones, seguro, bono vacacional, etc.? ¿Es la relación continua, y el trabajo realizado está integrado esencialmente al negocio del contratante?⁸¹ Estas variables son de naturaleza cualitativa y no acumulativa, por lo que no es necesaria la presencia de todos los indicios en cada decisión.⁸² En la medida en la que las señales en comentarios están sometidas a la sana crítica del aplicador, éste deberá –naturalmente– justificar racionalmente el establecimiento de los hechos y su valoración relativa, a los fines de la calificación.⁸³

Por su parte, la Sección 530 del *Revenue Act* de 1978 prevé unas cláusulas de salvaguardia (*safe harbour rules*) para el receptor de los servicios, de acuerdo con las cuales se acepta la calificación de determinados servicios personales como independientes, cumplidas que sean las siguientes condiciones: (i) justificación racional para la calificación en el caso concreto, cuestión que se conecta directamente con el principio de confianza legítima en la medida en la que la calificación proviene, directa o indirectamente, de alguna forma de la actividad administrativa (como por ejemplo, determinaciones previas hechas por la Administración Tributaria) o de la costumbre inveterada del sector propio del giro del contribuyente, o bien de la actitud diligente del empleador al contratar asesoría profesional razonable para determinar la calificación de los servicios, (ii) consistencia en el tratamiento dado a otros trabajadores en situaciones similares en el pasado, y (iii) consistencia en el reporte de las obligaciones derivadas de las relaciones así trabadas.⁸⁴

⁸¹ Véase, IRS, *Independent Contractor (Self-Employed) or Employee?* Recuperado de: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee>. Acceso: 12 de noviembre de 2019.

⁸² De hecho, el IRS advierte claramente que no existe un «número mágico» de factores que determinen la calificación en uno u otro sentido. IRS, *Independent...*, ob.cit.

⁸³ Webb *et al*, op.cit., p. 49.

⁸⁴ Bauer, op.cit., pp. 161-163.

El *test* de autonomía del IRS no es, ni con mucho, exhaustivo. Por ejemplo, solo en el caso *Rasbury*,⁸⁵ la División Oeste de la Corte del Distrito Norte de Alabama señaló al menos 4 criterios que debían adicionarse a los 20 originalmente enumerados por la Administración Tributaria estadounidense.⁸⁶ No es, tampoco, el único tipo de análisis indiciario posible: en la legislación estatal estadounidense es común⁸⁷ el empleo del llamado método «ABC», también de índole indiciaria y con muchas variantes en la legislación estatal, que se fundamenta en los siguientes parámetros: (A) la ausencia de dirección y control, tanto contractual como en el desempeño de las tareas, (B) la falta de integración del servicio en la esencia del giro comercial del contratante, y (C) que el prestador del servicio personal preste habitualmente servicios en una estructura independiente de negocios, ocupación, profesión u oficio de la misma naturaleza que la de los servicios prestados al contratante.⁸⁸ También existe el llamado *common law test*, que atiende a una serie de indicios similares a los previamente mencionados, de resultados equivalentes;⁸⁹ así como el llamado *test* de la «realidad económica»,⁹⁰

⁸⁵ Sentencia del 3 de marzo de 1992 in *re Rasbury*, United States District Court, N.D. Alabama, W.D., 141 B.R. 752 (N.D. Ala. 1992). Recuperado de: <https://casetext.com/case/in-re-rasbury>. Acceso: 11 de noviembre de 2019.

⁸⁶ A saber: (i) el uso de contratación de servicios personales en el sector de negocios de que se trate, (ii) la intención de las partes, (iii) si existe, la expresión formal de la voluntad de las partes en el contrato escrito, y (iv) la presencia o ausencia de beneficios de tipo laboral.

⁸⁷ Pearce II y Silva afirman que el método ABC es el más popular para distinguir entre contratistas independientes y empleados. John A. Pearce II y Jonathan P. Silva, “The Future of Independent Contractors and Their Status as Non-Employees: Moving on from a Common Law Standard”, *Hastings Business Law Journal*, Vol. 14, No. 1, University of California at Hastings, San Francisco, 2018, p. 1. Recuperado de: https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol14/iss1/1. Acceso: 13 de noviembre de 2019.

⁸⁸ Deknatel y Hoff-Downing, *op.cit.*, pp. 65-67.

⁸⁹ A saber: (i) control sobre la forma y medios de realización de los servicios, (ii) la provisión de herramientas e insumos, (iii) la provisión del lugar de trabajo, (iv) la duración de la relación entre las partes, (v) la capacidad de asignar múltiples proyectos, (vi) la discreción del prestador sobre el horario y el cuándo prestar los servicios, (vii) los medios de pago, (viii) la posibilidad de contratación, remuneración y despido de asistentes, (ix) la integración de los servicios a la esencia del giro del contratante, (x) el disfrute de beneficios de empleado o equivalentes, y (xi) el tratamiento fiscal dado a las remuneraciones pagadas. Bauer, *op.cit.*, pp. 152-154.

⁹⁰ Esta terminología es familiar al Derecho Tributario, en donde –también– se pretende el análisis de los hechos conforme a su sustancia económica para optimizar la labor de subsumición en la ley tributaria. Véase el artículo 5 del Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial

basado en la determinación de si el trabajador ha invertido en el negocio y si el trabajador puede soportar el riesgo empresarial derivado de sus esfuerzos.⁹¹

Eso explica los titubeos interpretativos: la consistencia no siempre es posible, porque cada aplicador puede emplear –y de hecho usa– criterios diferentes. Quien es trabajador para un criterio (ABC, SBA, por ejemplo) puede no serlo para el otro (IRS).⁹² A ello se suma la diferencia en la valoración relativa de los parámetros indiciarios utilizados para la determinación del carácter de la relación contractual, lo que incrementa, naturalmente, la incertidumbre.⁹³ Ello ha llevado a la doctrina a la formulación de propuestas unificadoras de los criterios para el examen, sin que éste pierda su carácter fáctico y circunstancial.⁹⁴ Según el leal saber y entender del autor, estas propuestas no han tenido recepción en la praxis.⁹⁵

V. El examen de laboralidad del IRS en la práctica

Como ocurre con cualquier análisis de tipo indiciario, el *test* de autonomía del IRS puede ser tenido como «altamente subjetivo», lo que –naturalmente– lleva a posibles inequidades en su aplicación y, en consecuencia, en el trato fiscal dado a situaciones similares entre sí.

de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.152 Extraordinario, del 18 de noviembre de 2014), y Matthew J. Rita, “Fishing for Dollars: The IRS Changes Course in Classifying Fishermen for Employment Tax Purposes”, *Cornell Law Review*, Vol. 77, No. 2. Cornell Law School, 1996, pp. 401-403. Recuperado de: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol77/iss2/6>. Acceso: 13 de noviembre de 2019. Pearce II y Silva proponen una combinación del método ABC y una clasificación del llamado «contratista dependiente» como *tertium genus* similar al del «trabajador independiente» al que se refiere Carballo Mena. Pearce II y Silva, op.cit., pp. 26-34; y Carballo Mena, “Vestigios...”, ob.cit.

⁹¹ Wood, op.cit., p. 111.

⁹² Wood, op.cit., pp. 112, 117.

⁹³ Véase, Rita, op.cit., pp. 398-399

⁹⁴ Es el caso del «*step-back test*», de una sola pregunta, que se basa en el análisis de la posibilidad del prestatario de ejercer control sobre el contrato distinto de (i) proveer una lista inicial de requerimientos para el servicio, y (ii) inspeccionar y aceptar los bienes o servicios prestados. Véase, 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. Recuperado de: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol4/iss1/>. Acceso: 13 de noviembre de 2019.

⁹⁵ Sanford Goodner y Ramsey, op.cit., pp. 589-590.

Por ejemplo, en un estudio de 135 casos con 149 decisiones de tribunales tributarios y cortes federales de distrito estadounidenses dictados entre 1980 y 2005, un 56 % (84 decisiones) atribuyeron naturaleza laboral a los servicios en disputa, y un 44 % (65 decisiones) fueron consideradas prestaciones de servicios personales independientes, con un incremento notable de casos en la década de 1990.⁹⁶ En promedio, más de la mitad de las decisiones se fundamentaron en diez o más de los indicios. Los factores más utilizados fueron los de supervisión, intención de las partes y métodos de pago, lo que es atribuido a la mayor facilidad de constatación empírica, sobre base documental, de estos indicios, así como a la mayor importancia relativa que se asigna al grado de supervisión del empleador.⁹⁷ Bajo estas premisas, las variables de contratación, supervisión y pago de asistentes, el derecho a terminación unilateral, la intención de las partes y los métodos de pago aparecen como las variables empíricas más significativas para la calificación como «empleo», mientras que la capacidad para contratar, supervisar y pagar asistentes, la duración predeterminada de los servicios y la forma de pago aparecen como las más relevantes para la calificación como contratista independiente.⁹⁸

VI. Conclusiones

La definición de las fronteras del trabajo recibe, en tanto hecho de significación económica, la necesaria atención del Derecho Tributario. Esta *otra mirada* a lo laboral tiene un fundamento común con la del Derecho del Trabajo: la consideración de la dignidad y de la intangibilidad de los derechos del trabajador, lo que se proyecta al Derecho Tributario en conceptos como el del *mínimo vital*.

Lo difuso de las fronteras conceptuales del trabajo, en especial en su relación con los servicios personales independientes, introduce un

⁹⁶ Probablemente influidos por los resultados de la *White House Conference on Small Business* de 1995, que influyeron para que el IRS adoptara una serie de medidas (*Worker Classification Training Manual, Classification Settlement Program, and Early Referral to Appeals*), destinadas reducir la carga empresarial. Webb *et al*, op.cit., pp. 56-57.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 50-52, 54-55.

elemento especial de complejidad en la tarea. La dificultad se radicaliza especialmente en el contexto de la «nueva» economía producto de la digitalización (y particularmente en la llamada «*gig economy*»). Frente al conflicto de calificación así planteado, el Derecho Tributario asume una de dos posturas: (i) *autonómica*, de presunciones o de definición especial del trabajo a fines tributarios independiente de los parámetros y calificaciones laborales, atendiendo fundamentalmente a una finalidad recaudatoria y de simplificación del sistema tributario, o (ii) *integradora*, en donde el Derecho Tributario toma los elementos fundamentales del concepto laboral de trabajo para asociar a este hecho sus efectos jurídico-económicos propios, tal como ocurre a nivel de convenios internacionales para evitar la doble imposición.

El *test* de autonomía del IRS atiende a esta segunda aproximación. Con base en una metodología indiciaria, de valoración conforme a la sana crítica del conjunto de hechos y circunstancias que rodean el caso concreto, esta metodología agrupa 20 vestigios de laboralidad diferentes en tres grandes categorías: (i) *examen conductual*, (ii) *examen financiero* y (iii) *examen temporal* para la solución del problema. Sin embargo, la metodología en comentario dista de ser universal —es solo una de muchas maneras de aproximarse indiciariamente a la definición de trabajo—, y también está lejos de ser uniforme en su aplicación, dada la naturaleza eminentemente circunstancial de los elementos bajo análisis y de la perspectiva personal del aplicador, tal como puede verse de un balance objetivo de su aplicación a casos prácticos.

A pesar de sus limitaciones y dificultades prácticas, el autor sostiene que la aplicación del análisis indiciario para la determinación del concepto de trabajo a fines tributarios tiene una ventaja indiscutible: es el método que mejor atiende a los mandatos de coherencia y unidad conceptual del sistema jurídico en su conjunto. Ello, siempre a juicio de quien suscribe, es una herramienta inestimable en la búsqueda de la *justicia*, constante y perpetuo *leit motiv* del Derecho.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva
Período 2019-2020

Presidente:	<i>Humberto Romero-Muci</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Secretario:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Tesorera:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Gerardo Fernández Villegas
José Guillermo Andueza	James-Otis Rodner
Aristides Rengel Romberg (+)	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
Pedro Nikken (+)	Juan Cristóbal Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Bretón	Alfredo Morles Hernández
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Ramón Guillermo Aveledo	Luis Guillermo Govea U., h
Hildegard Rondón de Sansó	Oscar Hernández Álvarez
Henrique Iribarren Monteverde	Fortunato González Cruz
Josefina Calcaño de Temeltas	Luis Napoleón Goizueta H.
Guillermo Gorrín Falcón	

ISBN: 978-980-416-017-2



9 789804 1160172