

El trabajador digital, entre la inclusión y la exclusión protectoria

The digital worker, between inclusion and protective exclusion

Edward F. Ospina Torres¹

edward.ospina@uniremington.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-6223-5751>

<https://doi.org/10.22209/rhs.v9n2a02>

Recibido: abril 21 de 2021.

Aceptado: julio 13 de 2021.

Resumen

En este artículo se analiza la naturaleza jurídica del trabajo prestado a través de la plataforma digital Uber, así como las diferentes problemáticas que presenta. Para ello, se revisará en detalle la Sentencia *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)* (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021), extrapolando el alcance de sus considerandos al contexto colombiano, planteando que, dadas las condiciones sui generis de este tipo de ocupación, resulta necesaria la revisión de las normas que regulan el trabajo humano dependiente e independiente.

Palabras clave: empleado; tecnologías digitales; subordinación; trabajador; transporte; autónomo.

Abstract

This article analyses the legal nature of the work carried out through the Uber digital platform, as well as the different problems this type of work poses. For this, the Judgment *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)* (Supreme Court of the United Kingdom, case: UKSC 2019/0029, 2021) will be reviewed in detail. The scope of the recitals of this judgement will be extrapolated to the Colombian context, stating that, given the sui generis conditions of this type of occupation, it is necessary to review the norms that regulate both dependent and independent human work.

Keywords: employee; digital technologies; subordination; worker; transport; self-employment.

Introducción

La disciplina jurídica laboral nace de las nuevas formas de trabajo surgidas con la implementación del sistema capitalista y la revolución industrial, de manera que los principios que la orientan y los elementos que la describen responden especialmente a esa realidad originaria obrero-patronal, en la cual, la organización del trabajo se estructura en el interior de la fábrica que recibe al obrero, quien a su vez se integra en la organización productiva como «recurso» humano.

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Corporación Universitaria Remington – Sede Bucaramanga.

En este contexto, la dirección y control del empleador sobre el trabajador es evidente, pues en ese lugar de trabajo fijo y permanente, se establecen y estandarizan las condiciones para la prestación personal del servicio, materializando lo que desde entonces y hasta el día de hoy entendemos como poder subordinante del empleador, elemento que resultaría erigiéndose como definitorio de la relación laboral y del contrato de trabajo.

Este paradigma clásico, sobre el cual se erigió el Derecho del Trabajo, ha sido testigo inerte de un impresionante avance tecnológico, así como de profundos cambios en la organización económica del mundo, manteniéndose inmutable; es decir, aun hoy, el elemento que pone en marcha la cobertura tuitiva del derecho laboral no es otro que el de la subordinación, propia de las relaciones laborales de una época en la que era impensable si quiera el uso masivo de teléfonos inteligentes. Lo anterior no es de poca monta, pues como resulta evidente para cualquier observador, diversas relaciones de trabajo actuales distan mucho de aquella clásica relación obrero-empleador.

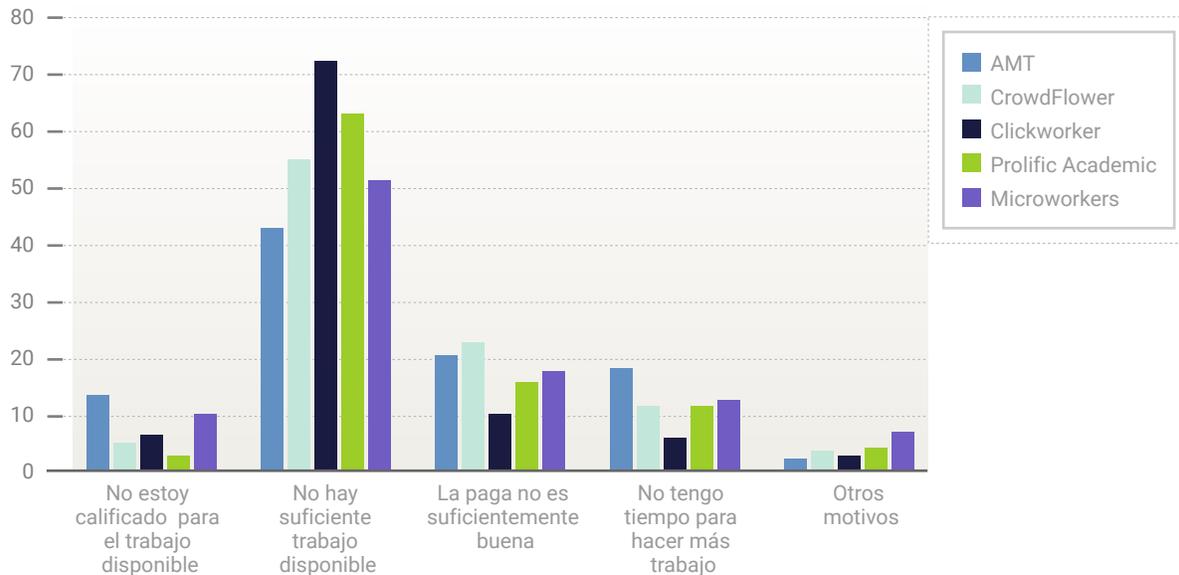
Al paradigma descrito se agrega un nuevo ingrediente, el de la llamada economía colaborativa y de plataformas digitales, cuyo surgimiento se suele ubicar a inicios del siglo XXI (OIT, 2018, p. 3), y que se ha expandido a la par de los diferentes avances tecnológicos de las comunicaciones y la interconexión global. Esta economía puede definirse como, «aquella manera de compartir o intercambiar tanto bienes tangibles como intangibles (tiempo, espacio, hobbies) a través de los nuevos espacios tecnológicos y las comunidades sociales» (Valecillo Gámez, 2017, p. 463), teniendo como elemento fundacional, la falta de ánimo lucrativo.

A pesar de sus buenas intenciones, este prototipo económico no pudo desconocer el sistema económico del que hace parte, por lo que resultó mutando en un rentable modelo de negocio, que responde de manera general a la siguiente estructura (OIT, 2018, p. 3):

1. Persona natural oferente de trabajo.
2. Persona natural o jurídica que demanda un trabajo o servicio de corta duración.
3. Plataforma digital que facilita y proporciona las herramientas necesarias para el contacto entre oferente y requirente del servicio.
4. La plataforma establece criterios de servicio y recompensas enfocadas a garantizar el uso continuado de la misma.

Como se puede observar, el trinomio de actores, que suelen conformar la relación de servicios prestada a través de plataformas digitales, requiere necesaria e indiscutiblemente que la prestación del oficio requerido sea efectuada por una persona natural, característica propia del contrato de trabajo.

Esa circunstancia especial convoca la atención de los juristas del trabajo en torno a dilucidar si tal prestación de servicios se realiza de manera autónoma, o si, por el contrario, comporta el elemento esencial de dependencia propio del derecho del trabajo. Más aun, cuando resulta indiscutible que nos encontramos ante una nueva forma de trabajo en crecimiento, que, por las circunstancias históricas actuales, no da visos de detenerse; en efecto, el aumento del desempleo y una crisis económica llamada a acentuarse dada la emergencia sanitaria global disminuye las posibilidades de acceder a un *trabajo decente*, migrando así las oportunidades ocupacionales a este tipo de actividad económica, que de por sí, ya empieza a mostrar signos de saturación:

Figura 1. Motivos por los que no hacer más trabajo colaborativo, por plataforma.

Fuente: (OIT, 2018, p. 3).

De la lectura de la **Figura 1**, resulta especialmente preocupante que la razón principal por la cual se abandona el trabajo colaborativo a través de plataformas digitales sea el exceso de oferta, máxime, como se verá más adelante, cuando se trata de un trabajo prestado bajo condiciones precarias, frente al cual, por regla general, las únicas respuestas normativas se dividen entre, contrato de trabajo – contrato civil o, dicho de otra forma, trabajo dependiente – trabajo autónomo.

La cara – cara

Las empresas promotoras del trabajo colaborativo a través de plataformas digitales han argumentado desde sus inicios que el trabajador oferente del servicio tiene la característica

de ser autónomo y, por tanto, no pueden tener entre sí ninguna responsabilidad de naturaleza laboral (Chartzman, A. D., 2020). Si bien, son muchas las actividades económicas que han sido absorbidas por este fenómeno, así como las diferentes plataformas digitales que acuden al mercado, los principales focos de discusión y debate, en cuanto a la naturaleza real que comporta el servicio prestado a través de ellas, giran en torno al servicio de transporte de personas, y el transporte y entrega de mercancías, víveres o comidas.

Con el presente escrito nos proponemos analizar principalmente el caso Uber, apoyándonos para ello en la Sentencia *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)* (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021).

Antecedentes

En la causa *Aslam and others v Uber BV*, (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021), los demandantes persiguen su reconocimiento como trabajadores en la categoría de «workers» vinculados a la demandada, por lo que resulta imperioso precisar (genéricamente y para lo que interesa al presente escrito) la regulación legal de lo que podemos entender como contrato de trabajo en el Reino Unido, para así comprender el alcance de la decisión bajo estudio en cuanto a su aporte a la problemática doméstica.

La *Employment Rights Act* (Parlamento Inglés, 22 de mayo de 1996) es la Ley que regula lo concerniente a los derechos laborales en el Reino Unido, a su vez, la sección 230 del capítulo III, parte XIV de la referida norma, dispone orientaciones interpretativas respecto a los diferentes tipos de trabajadores reconocidos por dicho ordenamiento jurídico, estos son:

1. *Employee*, es aquella persona que cuenta con un contrato de empleo, entiéndase contrato de trabajo, a voces de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano.
2. *Worker*, el concepto es ambiguo y abarca tanto al empleado referido atrás, como a aquellas personas naturales que prestan servicios independientes en favor de otra persona natural o jurídica mediante un contrato no laboral.

La jurisprudencia británica ha procurado dilucidar las características de este tipo de trabajador «intermedio» (Ojeda Avilés, 2010), por ejemplo, en la causa *James v Redcats (Brands) Ltd*, (Tribunal de Apelación Laboral, UKEAT 0475 06 2102, 2007) el Tribunal indica que la

definición legal de *Worker* contiene tres elementos, a saber: *i)* la existencia de un contrato verbal o escrito cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio; *ii)* el trabajo o servicio contratado se presta personalmente; *iii)* el servicio no es prestado en calidad de proveedor del contratante o teniendo a este último como cliente.

Conforme con lo anterior, la misma jurisprudencia ha precisado que la intención de la norma es crear un tipo de trabajador intermedio que, por un lado, no presenta el mismo nivel de subordinación que un *Employee*, pero tampoco desempeña una actividad comercial con un grado de independencia suficiente que permita tenerlo como ejecutor exclusivo de su propio negocio.²

La intención, entonces, es flexibilizar la entrada a las murallas protectorias del derecho del trabajo, en efecto, las garantías tuitivas laborales solo se activan al cumplirse ciertos requisitos específicos, que por regla general están constituidos por el trinomio: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración; de manera que a falta de uno de estos elementos, el trabajador no logrará cubrirse con el manto previsto para los empleados, entendidos estos como aquellos que prestan un servicio en el marco de un contrato de trabajo.

Así las cosas, el propósito de la norma es extender parte de la protección propia del

2 En la misma decisión del caso *Redcats (Brands) Ltd* que citamos anteriormente, se rememora lo señalado por el señor Registrador Underhill QC (como era entonces) en *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird & Ors* [2002] IRLR 96, párrafo 17: «The intention behind the regulation is plainly to create an intermediate class of protected worker, who is on the one hand not an employee but on the other hand cannot in some narrower sense be regarded as carrying on a business [...]»

derecho laboral sobre aquellos trabajadores que no logran cumplir con la estructura rígida del trabajo dependiente, o dicho en palabras de la jurisprudencia británica, que quienes no logren alcanzar los requisitos necesarios para calificar como empleados, puedan lograr una protección como trabajadores (*workers*) (Tribunal Laboral del Reino Unido, Caso: 2202550, 2015).

Tenemos entonces que para el contexto colombiano, el *worker* puede ser entendido como aquella persona natural que presta un servicio personal en favor de otra, respecto de la cual, si bien no existe un poder subordinante al nivel de un empleado, existe una dependencia económica que lo ubica en una situación de vulnerabilidad, en tanto que esa relación jurídica no laboral constituye su única o más importante fuente de sustento, sumado a una leve o moderada intervención en la ejecución y prestación de la tarea.

3. Por último, tenemos al *Self-employed*, aunque la sección 230 no hace mención expresa a esta tipología de trabajador, se observa su referencia indirecta al excluir de la calificación de *worker* a quienes realizan una actividad comercial ejercida por sí mismos en calidad de autónomo o independiente, bajo la dirección propia de su negocio y sin profundas injerencias de terceros.

Lo expuesto es de vital importancia para comprender el alcance de la decisión bajo análisis y las posibles dificultades que la misma entraña para dar una solución orientada a la consecución de trabajo decente en el contexto colombiano.

A continuación expondremos el análisis efectuado por la Suprema Corte del Reino Unido en

torno al modo en que se desenvuelve la prestación del servicio de los conductores de Uber, así como el marco jurídico que en dicho territorio regula su operación mercantil y las relaciones jurídicas de quienes participan en ella.

Descripción general del sistema Uber

Como se expuso sucintamente en párrafos precedentes refiriéndonos al modelo de negocio de la economía colaborativa, su operación está compuesta por el oferente del servicio, el demandante del servicio y un intermediario.

Para empezar, cualquier persona que cuente con un teléfono inteligente puede descargar gratuitamente la aplicación Uber y una vez instalada debe suministrar datos personales, ubicación y métodos de pago.

Finalizado lo anterior, el usuario podrá solicitar el servicio de transporte, para lo cual, la aplicación muestra su ubicación en tiempo real a través del sistema GPS, cuya activación es requerida para poder ingresar a la plataforma; basado en la misma tecnología, se identifica al conductor disponible más cercano, quien podrá observar el nombre del potencial pasajero y su calificación en la plataforma, luego de ello, el conductor cuenta con 10 segundos para aceptar la solicitud, en caso de no responderla, se ubicará otro conductor cercano bajo los mismos criterios y características; una vez aceptada la solicitud, el trabajo es asignado al respectivo conductor a la vez que se confirma el servicio al usuario, remitiendo dicha notificación junto al nombre del conductor y detalles de identificación del automóvil.

La comunicación entre pasajero y conductor solo es posible en este punto, y tiene como objetivo facilitar la ubicación de la persona y comunicar posibles dificultades relacionadas con el tráfico, excepcionalmente se permite comunicación posterior al servicio para devolver objetos perdidos. Una vez recogido el pasajero, el conductor registra el inicio del viaje en la aplicación, la cual, a su vez, sugiere la mejor ruta posible a tomar, no siendo obligatoria para el conductor.

Completado el destino, el conductor presiona la opción de *viaje completo* en la aplicación, posteriormente, la misma plataforma arroja la tarifa, la que, dependiendo de la hora y la demanda, tiende a aumentar. En este punto se identifica una particularidad de alta importancia, y es que, respecto a la tarifa, el Tribunal encontró que el conductor no puede cobrar más de lo señalado por la aplicación, pero sí menos, situación que podría ser poco usual, pero en caso de suceder, para Uber la tarifa cobrada siempre se registra como la indicada en la plataforma y sobre ella descuenta directamente al conductor.

Observará el lector un elemento muy importante en este tópico, que suele ser argumento principal de defensa de la compañía contra la posible declaratoria de existencia de un contrato de trabajo con los conductores, esto es, que el pago por el servicio no es efectuado por Uber, sino por los pasajeros usuarios. Sin embargo, no puede pasarse por alto que el conductor no tiene injerencia alguna en la determinación de la tarifa, siendo esta fijada en todos los casos de manera unilateral por Uber.

Así las cosas, si Uber solo es intermediario entre un oferente y un demandante de servicios, cómo es que el oferente del servicio no tiene potestad alguna para fijar el valor de su trabajo.

Este problema será analizado por el Tribunal y fundamentará en gran medida su decisión.

En la causa *Aslam*, se encontró probado que Uber realizaba pagos semanales a los conductores con base a las tarifas pagadas por los pasajeros transportados, y sobre cada tarifa cobrada, Uber retenía el 20% como contraprestación de su servicio.

Subordinación silenciosa

Para una mejor comprensión de la problemática planteada, resulta necesario describir cada una de las etapas y condiciones en las cuales se vincula el conductor a Uber y la manera en la que se presta dicho servicio.

De acuerdo con la Sentencia que se viene analizando, todo empieza con el registro que cualquier persona natural puede realizar en línea en la plataforma, en el caso británico, lo siguiente será acudir a las oficinas físicas de Uber con cierta documentación, tales como licencia de conducción, certificados técnicos y de aseguramiento del vehículo, así como licencia para conducir un vehículo de alquiler privado, entre otros; paso seguido, el interesado es sometido a una suerte de entrevista, para culminar con un proceso de «incorporación», que consiste en la visualización de videos y procedimientos de la compañía.

Otro aspecto importante, y que sirve de base para la argumentación de la compañía en la defensa de su posición como simple intermediario comercial, es la propiedad del vehículo, que se encuentra en cabeza exclusiva del conductor, quien asume todos los costos de funcionamiento, mantenimiento, combustible, seguro e impuestos.

Así mismo, el vehículo debe cumplir con ciertos criterios previstos por Uber, tales como marcas y modelos específicos con no mucho tiempo de uso y preferiblemente, y esto último no es criterio de exclusión, que sean de color negro o plateado.

Una vez superado lo anterior, los conductores autorizados y ahora visibles en la plataforma, pueden elegir cuándo y qué tanto tiempo van a destinar al uso de la misma, es decir, en qué momento van a ofrecer el servicio de transporte.

Un punto relevante para nuestro posterior análisis, será que la compañía no prohíbe el uso concurrente con aplicaciones similares o incluso competidores directos en el mercado; consecuente con lo anterior, Uber no proporciona insignias ni uniformes a los conductores, e incluso se recomienda no usar insignias de la compañía en los vehículos.

El Tribunal inglés analizó particularmente lo que Uber denomina como «Welcome Packet», que consiste en un material documental remitido por Uber London a todos los nuevos conductores, con una serie de estándares de desempeño y cortesía, resaltando los del tipo «*Polite and professional at all times*», «*Avoid inappropriate topics of conversation*» and «*Do not contact the rider after the trip has ended*».

Si bien la compañía no prohíbe expresamente este tipo de conductas, veremos que de algún modo su ocurrencia va a tener implicaciones que pueden catalogarse como disciplinarias sobre los conductores, lo que, entre otras formas de control en el servicio, constituirán un tipo de subordinación directa, pero encriptada y silenciosa.

Dentro del mismo «Welcome Packet», se encuentra otro material denominado «What Uber looks for», de los cuales se resaltan los siguientes:

- Servicio de alta calidad; la compañía informa al conductor que la calidad de su servicio será continuamente monitoreada a través de las calificaciones y comentarios compartidos en la plataforma. Según Uber London, con ello se busca mantener altos niveles de satisfacción en el servicio.
- Bajas tasas de cancelación; se recalca que, una vez aceptada la solicitud de servicio, surge un compromiso de cumplimiento con el pasajero, de manera que la cancelación del servicio por parte del conductor genera malas experiencias para el usuario.
- Altas tasas de aceptación; se recuerda a los conductores que al activar la aplicación se entiende que están disponibles para aceptar los servicios solicitados, por lo que, si realmente no tiene dicha disponibilidad, es recomendable que salga de la aplicación, para así evitar confundir a los clientes.

Lo anterior no constituye un simple enunciado corporativo, pues el Tribunal evidenció que efectivamente, el monitoreo permanente sobre los conductores conlleva a sanciones de diferente índole, que van desde lo que en el ámbito empresarial interno se entiende como un memorando, pasando por suspensión del servicio (equivalente a la suspensión del contrato de trabajo) hasta la exclusión de la plataforma (lo que sería un despido).

Concretamente, se halló lo siguiente:

- Los conductores con una tasa de aceptación a solicitudes de servicio por debajo del 80 %, reciben mensajes de advertencia automáticos, en los que se recuerda que iniciar sesión en la plataforma, indica tanto al sistema como a los usuarios, que el conductor se encuentra disponible para prestar el servicio.
- Si la tasa de aceptación no mejora, los mensajes de advertencia aumentan.
- En caso de rechazar tres viajes seguidos, la aplicación desconecta al conductor de manera automática durante 10 minutos. Ante esto, Uber London explica que la razón de ello se fundamenta en evitar confusiones a los usuarios a causa de conductores que por una u otra razón pudieron dejar su sesión abierta, ya sea por descuido o para atender asuntos urgentes, entre otras causas.
- La advertencia de monitoreo a la calificación del servicio también se materializa en diferentes sanciones o penalidades, al respecto se halló que los conductores *que han realizado 200 viajes o más y cuya calificación promedio es inferior a 4.4 pasan a ser objeto de una serie gradual de «intervenciones de calidad»* destinadas a ayudarlos a mejorar. Si sus calificaciones no mejoran a un promedio de 4.4 o mejor, son «eliminados de la plataforma» y sus cuentas «desactivadas» (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021).

Lo anterior demuestra un importante nivel de control de la plataforma sobre la prestación del servicio, característica propia del tipo de trabajo por cuenta ajena o subordinado.

El vínculo jurídico creado entre los conductores y Uber London, se enmarca en un «*Services Agreement*» o acuerdo de servicios, mediante el cual, Uber manifiesta contratar con una *compañía independiente en el negocio de proveer servicios de transportes*, que en lo sucesivo denomina como «cliente» (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021), es decir, el conductor, a quien también se refiere como socio. Para el Tribunal resultó evidente que dicha compañía de transporte habitualmente es inexistente, siendo realmente por regla general una persona natural individualmente considerada (el conductor).

Bajo el esquema descrito, Uber estipula que las obligaciones contractuales adquiridas entre las partes, son esencialmente las siguientes:

- La compañía se obliga a proporcionar servicios electrónicos a su cliente (conductor), que incluye el acceso pleno a la plataforma y los servicios de pago que, como se indicaron anteriormente, son diseñados unilateralmente por Uber.
- Por su parte, el conductor se obliga a prestar el servicio de transporte a los usuarios, aceptando expresamente que dicho servicio nunca es prestado directamente por Uber.
- Dentro del acuerdo de servicios se incluye un anexo que contiene la regulación de la relación contractual surgida entre el cliente (conductor) y el usuario (los pasajeros). La compañía establece que una vez el cliente acepta prestar el servicio requerido por el usuario, surge entre estos un contrato comercial de transporte con todas las obligaciones y condiciones de ley, relación contractual de la cual Uber no hace parte de ninguna manera.

En el contexto colombiano la relación jurídica es menos detallada. De acuerdo con los términos y condiciones legales disponibles en la página de internet oficial de Uber, la plataforma es una simple intermediaria prestadora de servicios virtuales, autorizada para realizar la gestión de cobro de los servicios contratados a través de ella, y al igual que en el Reino Unido, la misma compañía es quien establece la relación jurídica existente entre el conductor y el pasajero, señalando que el primero es arrendador de un vehículo que puede o no incluir a un conductor, así mismo, el pasajero tiene la calidad de arrendatario, que como tal, deberá responder por los daños que sufra el vehículo por su culpa.

No debe perderse de vista que la compañía establece unilateralmente todas las relaciones jurídicas surgidas entre los participantes del servicio, esto es, conductor-Uber, conductor-pasajero, pasajero-Uber, resaltando especialmente que la relación jurídica conductor-pasajero sea enmarcada dentro de un contrato de arrendamiento que, aunque no se señale de manera expresa, es un arrendamiento de vehículos, punto de inflexión en el que el análisis de la Corte Británica cobra especial relevancia argumentativa al caso colombiano, tal como se pasa a detallar.

Solución de la problemática

Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico anglosajón contempla tres categorías de prestación personal de servicios, a saber, *employee*, *worker* y *self-employed*, la discusión se centró principalmente en establecer si los conductores de Uber se encuentran en la categoría intermedia de dependencia (*worker*) o,

por el contrario, se ubican en un nivel pleno de independencia (*self-employed*).

La anterior precisión es importante para entender el alcance de la decisión bajo estudio en el contexto colombiano, pues como se detallará más adelante, el ordenamiento jurídico nacional no tiene figura intermedia, es decir, se es empleado o no se es, se tiene protección plena o ninguna.

La compañía argumenta e incluso redacta sus condiciones de servicio y los contratos que ligan al conductor con los pasajeros, insistiendo en que el primero siempre tendrá la condición de trabajador independiente. Así las cosas, para el Tribunal es claro que Uber no es de ninguna manera cliente de los conductores, por lo que se rechaza de plano la posibilidad de que estos tengan la condición de trabajadores autónomos o comerciantes.

De manera que, se debe dilucidar si los conductores se obligan a prestar sus servicios personales en favor de Uber London, quien coordina y estandariza dicho servicio, o si, por el contrario, la obligación del servicio surge única y exclusivamente de manera individual y singularizada con cada uno de los pasajeros contactados a través de la aplicación.

Como se anticipó líneas arriba, el hecho de que se enmarque la prestación del servicio dentro de un contrato de arrendamiento de vehículo, permite plantear importantes cuestionamientos sobre el tipo de relación jurídica existente entre Uber y los conductores, pues precisamente, una condición análoga fue la que se desarrolló en el Reino Unido, en donde, ciñéndose exclusivamente a los requisitos legales establecidos para el transporte privado de personas, la Corte encontró que necesariamente

el servicio prestado por los conductores de Uber solo podía entenderse en el marco de un servicio proporcionado directamente por la compañía a los pasajeros.

Para llegar a la anterior conclusión, el Tribunal repasó el marco jurídico del alquiler privado de vehículos en Londres, el cual, en resumidas cuentas, exige el otorgamiento de una licencia especial para la prestación de dicho servicio, licencia con la que cuenta Uber, pero no los conductores individualmente considerados, por lo que no puede decirse que Uber simplemente reserve la solicitud de transporte para que este sea efectuado de manera totalmente independiente por el conductor, pues estos últimos no cuentan con licencia para prestar este servicio, surgiendo entonces palmario que el obligado principal para con el pasajero es Uber, en cuanto titular de la licencia de transporte, quien para cumplir con la obligación de transporte celebrada con el pasajero, contrata a su vez con el proveedor de transporte que acepta realizar el servicio (el conductor).

Recuérdese que, en Colombia Uber establece como su principal obligación prestar los medios tecnológicos para que conductor y pasajero puedan ponerse en contacto para la celebración entre sí de un contrato de arrendamiento vehicular, no obstante, revisado el marco legal de este negocio jurídico, encontramos que las conclusiones referidas en el Reino Unido son igual de válidas al caso nacional.

La Ley 336 de 1996 regula y reglamenta el servicio público de transporte terrestre, su artículo 5º diferencia el transporte público y privado, indicando que el primero será regulado y autorizado directamente por el Estado, y el segundo se distinguirá por su destinación, en cuanto

debe estar encaminado a satisfacer necesidades particulares de movilización.

La Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-033-14 estudió la exequibilidad del apartado final del segundo inciso de la norma referida anteriormente, por cuanto a sentir de los demandantes, excluía la posibilidad de celebrar contratos atípicos de transporte u operaciones comerciales relacionadas con el uso de vehículos terrestres. Respecto a las diferencias entre arrendamiento y contrato de transporte, precisó lo siguiente:

El arrendamiento de un vehículo, sin embargo, puede prestarse a confusiones acerca de la existencia de un contrato de transporte, para lo cual han de distinguirse varias situaciones, a saber:

- Si el vehículo se arrienda sin conductor, y la operación del mismo la ejerce directamente el arrendatario, no se configura un contrato de transporte, sino de arrendamiento. (...)
- Si el arrendatario usa el vehículo para prestar servicios de transporte a terceros, adquiere frente a éstos la calidad de transportador y sus relaciones con ellos se enmarcan en un contrato de transporte. (...)
- Si el vehículo es arrendado con un conductor, entonces podría configurarse un contrato de transporte únicamente en la medida en que el arrendador ejerza el control de la operación de desplazamiento o conducción de las personas o cosas en el vehículo objeto del contrato. Este control operativo convierte a dicho arrendatario en un transportador, y al contrato de arrendamiento en un contrato de transporte.
- Tampoco existe contrato de transporte cuando una persona conduce a un

familiar o a un amigo en su vehículo, por cuanto en tal caso la intención de conductor y pasajeros no es celebrar un contrato de transporte, es decir, un acuerdo que genera en el conductor la obligación de transportar. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)

Valga agregar a lo anterior, que el servicio público de transporte y el servicio de *renting* deben ser prestados por personas jurídicas, en el primer caso previa habilitación por autoridad competente y en el segundo, con la constitución de un objeto social específico. Así las cosas, si los conductores de Uber prestan su servicio en vehículos con licencia particular, no están legalmente habilitados para llevar a cabo servicio público de transporte, menos aun si la compañía tampoco está habilitada para tal fin, entonces, si la relación jurídica que ata al conductor con el pasajero se encuentra enmarcada en un contrato de arrendamiento vehicular, dispuesto unilateralmente por Uber, realmente quien ofrece el servicio de *Renting* no es el conductor, pues recuérdese que este último no tiene negociación, conversación o acercamiento previo con el pasajero y solamente se limita a aceptar la oferta facilitada por Uber, de manera que quien se obliga a garantizar el servicio al pasajero es la compañía, siendo los conductores trabajadores (*workers*) de Uber, en tanto que a través de ellos esta cumple con su obligación respecto del pasajero, esto es, garantizar el uso de un vehículo.

Siguiendo los anteriores razonamientos, el Tribunal británico encontró que tampoco puede aceptarse que Uber actúe como simple agente de reservas entre conductor y pasajero, esencialmente porque los términos contractuales

no establecen relación alguna entre pasajero-conductor que involucre a Uber, y la relación Uber-conductor no contiene mandato de representación para la búsqueda de potenciales clientes (pasajeros), de lo que se concluye que:

Uber London es quien contrata directamente con el pasajero la realización de la reserva de transporte. Así las cosas, si Uber se entiende únicamente como la plataforma digital, no tendría medios para cumplir con sus obligaciones contractuales con los pasajeros, ni para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias como operador con licencia, sin empleados o subcontratistas que le presten servicios de conducción. (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021, p. 15)

Una vez vistas las condiciones contractuales y fácticas en las que se presta el servicio de transporte, se concluye que los conductores de Uber se ubican en la categoría de «workers», en razón a que, si bien no se observa un nivel de dependencia similar al de un empleado, es evidente la existencia de una subordinación tenue, en tanto que:

La integración en el negocio de la persona a la que se prestan los servicios personales y la incapacidad de comercializar esos servicios a cualquier otra persona dan lugar a la dependencia de una relación particular que también puede hacer que una persona sea vulnerable a la explotación. (Suprema Corte del Reino Unido, caso: UKSC 2019/0029, 2021, p. 22)

Subordinación insuficiente

A efectos de una protección jurídica laboral en el contexto nacional, las conclusiones del Tribunal británico mantendrían a estos trabajadores digitales por fuera de las murallas del derecho del trabajo, pues recuérdese que, en este sistema jurídico, se es empleado o no se es y no hay categorías intermedias. Lo anterior, en razón a que la Corte acepta que, si bien existe un grado de dependencia entre los conductores y la plataforma, esta no alcanza los niveles de dependencia propios de un *Employee*, conclusión que sustenta así: i) Quedó demostrado que los conductores eligen unilateralmente cuando, cuánto y dónde trabajar; ii) Uber no requería a los conductores para la prestación del servicio, es decir, si estos decidían no trabajar la compañía no realizaba reclamo alguno; iii) los conductores no tienen restricción de prestar sus servicios en plataformas similares al mismo tiempo.

Por su parte, a modo de conclusión, los elementos que evidencian la existencia de importantes niveles de dependencia, determinada de acuerdo al grado de control que el oferente del servicio o empleador ejerce sobre el servicio prestado y la manera en la que se presta, se extraen de la Sentencia los siguientes: i) la remuneración es fijada unilateralmente por Uber; ii) las condiciones contractuales del conductor con Uber, e incluso con el pasajero, son establecidas unilateralmente por la compañía; iii) Uber controla y monitorea la prestación del servicio de manera permanente, ya sea mediante las calificaciones dadas por los usuarios (que nunca son conocidas por el conductor), o por los niveles de rechazo de solicitudes realizadas por el conductor y, como quedó visto en párrafos precedentes, los resultados de este monitoreo tienen consecuencias directas en el

conductor (por ejemplo, la exclusión total de la plataforma); iv) si bien el vehículo es de propiedad del conductor, también es cierto que Uber determina los modelos que pueden prestar el servicio, siendo este un criterio de exclusión establecido unilateralmente por la plataforma; v) Uber restringe totalmente la comunicación entre pasajero y conductor, incluso las quejas presentadas por los usuarios son conocidas directa y exclusivamente por la compañía, sin participación alguna del conductor.

Concluido entonces que efectivamente los conductores de Uber ostentan la condición de *Workers*, lo siguiente será determinar en qué momento adquieren esta condición, es decir, en qué momento se entiende que el conductor adopta el rol de trabajador de Uber; la Corte enfrentó dos hipótesis i) el conductor es trabajador desde el momento en el que inicia sesión en la aplicación; ii) el conductor es trabajador únicamente cuando está efectivamente prestando el servicio de transporte.

El Tribunal se resolvió por la primera hipótesis, señalando que tal como la misma compañía lo dispuso en el llamado paquete de bienvenida, el conductor aceptaba que una vez iniciada sesión en la plataforma, ello se traduciría en una manifestación de voluntad concreta de estar disponible para efectuar los viajes ofrecidos, surgiendo allí una obligación que, aunque atenuada por el estilo de redacción, no pierde su condición de tal. Se agrega a lo anterior las acciones tomadas por Uber cuando el conductor rechaza varios servicios, que se traducen en el cierre automático de la sesión.

Con todo lo anterior, la Corte resolvió que los conductores son *workers* de Uber y, por tanto, tienen derecho a las garantías previstas para esta tipología de trabajadores, a saber, salario

mínimo nacional, vacaciones y regulación en jornadas de trabajo. Ahora, recuérdese que en Colombia no existe categoría intermedia de trabajador, por lo que los conductores de Uber tienen únicamente dos alternativas jurídicas: i) superar los criterios excluyentes de ingreso al derecho del trabajo o ii) tenerse como trabajadores independientes.

De acuerdo con lo expuesto, resulta válido preguntarse, ¿qué diferencia existe entre el conductor de UBER y el conductor de taxi? si materialmente hablando ambos prestan el mismo servicio, y también lo hacen adscritos a un tercero ¿por qué el segundo cuenta con mayores condiciones de trabajo decente y el otro no?

Estos interrogantes presentan una relevancia aun mayor, si los abordamos de manera sugerente en el desplazamiento de otras actividades que comparten la misma identidad y esencia (mensajeros y rappidenderos), pudiendo por tanto escapar de la protección laboral a las zonas grises del trabajo prestado a través de plataformas digitales, lo que se traduce en dificultades para la generación y conservación de empleo formal.

La indiferencia protectoria

A lo largo de este escrito se ha insistido en señalar que el trabajador digital encuentra como únicas alternativas de adecuación jurídica, el enfrentamiento excluyente entre el contrato de trabajo y el contrato civil de prestación de servicios. El principal problema de esta dicotomía estriba en que, por regla general, este trabajador se ubica desde el inicio en el campo del trabajador independiente, informal

o autónomo, que por su naturaleza, es indiferente para el ordenamiento jurídico protectorio, de manera que no le aplican garantías en cuanto a jornada máxima, recargo por trabajo suplementario, dominical y festivo, recargo por trabajo nocturno, prestaciones sociales y vacaciones, cotización compartida en pensión y salud, cobertura íntegra en riesgos laborales y cajas de compensación laboral, entre otros.

Las propuestas de reacción

Suelen identificarse tres propuestas de intervención al trabajo efectuado a través de plataformas digitales, yendo desde la que califico como inmutable, hasta las que podrían llamarse inéditas.

La primera de ellas no es ni siquiera una reacción y por ello la denomino inmutable. Consiste sencillamente en mantener la situación tal cual como está, dejando a cada caso en concreto la posibilidad de activar la protección del Derecho del Trabajo atendiendo a los criterios de identificación que ya se han venido comentando, es decir, a la existencia de subordinación. Como se advertía al inicio, realmente no es una solución, toda vez que mantienen las condiciones precarias ampliamente expuestas, limitándose a proponer un alivio posterior, que quizá no podrá ser accesible para todos.

En efecto, al continuar ubicado el trabajador en el mismo punto de partida (como autónomo), seguirá excluido de las garantías previstas en las normas del trabajo, quedando su posible inclusión a merced del poder jurisdiccional del estado, lo que implica tiempo y dinero, además del desgaste propio que conlleva afrontar un proceso judicial.

Como segunda opción, se baraja la necesidad de una flexibilización laboral; esta postura en especial ha sido asumida desde la función administrativa del Estado colombiano, pues la cartera ministerial del ejecutivo en los asuntos del trabajo, se pronunció específicamente en el caso de los «riders», indicando que el tipo de trabajo prestado a través de esas plataformas no era ilegal, pues se encontraba enmarcado claramente en el tipo de trabajo autónomo.³ Resulta alarmante que la cabeza directiva de las inspecciones del trabajo en Colombia adopte la posición pública y, por tanto, oficial del Estado de calificar sin más a estos trabajadores como autónomos.

Es indiscutible la necesidad de actualizar el Código Sustantivo del Trabajo, pues se trata de una codificación pensada y estructurada con base en una realidad muy lejana a la actual, no obstante, la actualización que requiere no debe de ninguna manera basarse en un «borrón y cuenta nueva».

La tercera propuesta, similar al contexto británico, será la de reconocer un tipo de trabajador intermedio, de tal forma que cuente con un tipo de protección mínima, de manera que desde el inicio de la prestación del servicio cuenten con una cobertura que dignifique su trabajo y, en especial, no los mantenga en la exclusión total. Sin perjuicio de lo anterior, siempre cabría la posibilidad de acudir a la declaración de una relación laboral, con las consecuencias económicas y jurídicas que ello conlleva.

3 Así quedó registrado por diversos medios de comunicación. Véase por ejemplo Portafolio (08 de julio de 2019).

Conclusiones

La flexibilización del trabajo no es un fenómeno reciente, sin embargo, las diferentes mutaciones que ha ido tomando, en especial con el avance de las tecnologías de la comunicación, resultan cada vez más alarmantes en sociedades con altos niveles de desigualdad y un casi inexistente piso de protección social; el trabajador ubicado en la economía colaborativa desenmascara a la vista de todos esa especial condición de desigualdad y precariedad que amenaza y aleja aún más la consecución de justicia social.

La principal conclusión que nos deja esta problemática es que, hoy más que nunca, resulta necesario repensar el Derecho del Trabajo, no para abandonarlo, porque el trabajo subordinado clásico seguirá existiendo mientras exista el sistema capitalista que le hizo nacer, sino para extender sus fronteras y garantías, de tal manera que pueda acogerse al trabajador sin adjetivos, (Ojeda Avilés A., 2010, pp. 355-362) es decir, estableciendo pisos de seguridad y protección social mínimos para todo trabajador, sin importar su cercanía o distanciamiento del elemento subordinación.

Esperemos que la ausencia de políticas públicas efectivas, y de una agenda legislativa coherente con el interés general, no sigan empujando al mundo a las condiciones que terminaron de moldear el Derecho del Trabajo que hoy conocemos, y que aún retumban en el preámbulo centenario de la OIT, tan vigentes como entonces «[...] existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales». (Const. OIT, 1919, preámbulo)

Referencias

- Chartzman** Birenbaum, A. D. (2020). Las plataformas digitales en el mundo del trabajo: ¿Avance o retroceso? *Revista Derecho Laboral y Seguridad Social*. Abeledo Perrot Thomson Reuters. <https://bit.ly/3grCfyi>
- Código** Sustantivo del Trabajo. [CST]. Decreto Ley 3743 de 1950. 7 de junio de 1951 (Colombia).
- Corte** Constitucional de Colombia. Sentencia C-033-14, MP Nilson Pinilla Pinilla, 29 de enero de 2014.
- Employment** Rights Act (22 de mayo de 1996). Por la cual se consolidan las leyes relacionadas con los derechos laborales. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>
- Ley** 336 de 1996. Por la cual se adopta el Estatuto General de Transporte. Diario Oficial No. 42.948, de 28 de diciembre de 1996.
- Ojeda** Avilés, A. (2010). La deconstrucción del derecho del trabajo. *La Ley, Grupo Wolters Kluwer*.
- Organización** Internacional del Trabajo [OIT]. (15 de febrero de 2018). La calidad del trabajo en la economía de plataformas. *Comisión Mundial Sobre el Futuro del Trabajo*. <https://bit.ly/3pBSWee>
- Portafolio**. (08 de julio de 2019). 'Contratación de rappidenderos es legal'. *Diario Portafolio*. <https://bit.ly/3v9bqnN>
- Suprema** Corte del Reino Unido. Sentencia: UKSC 2019/0029. Jueces: Lord Reed, Lord Hodge, Lady Arden, Lord Kitchin, Lord Sales, Lord Hamblen, Lord Leggatt. 19 de febrero de 2021. <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>
- Tratado** de Versalles, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tratado-de-versalles/>
- Tribunal** de Apelación Laboral, UKEAT 0475_06_2102 *James v Redcats (Brands) Ltd*. 21 de febrero de 2007. http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0475_06_2102.html
- Tribunal** Laboral del Reino Unido. Sentencia: 2202550/2015. Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others v Uber B.V, Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd. 28 de octubre de 2016. <https://bit.ly/3v8HHuU>
- Valecillo** Gámez, M. R. (2017). Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad. En OIT y Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Eds.), *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2* (pp. 461-473). <https://bit.ly/2SCEeHx>