



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **Flexibilidad laboral y economía colaborativa, mutualismos modernos**

**Mariano Bustamante García**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia  
2019



# **Flexibilidad laboral y economía colaborativa, mutualismos modernos**

**Mariano Bustamante García**

Trabajo Final de Maestría presentado como requisito parcial para optar al título de:  
**Magister en Derecho**

Director:

Ph.D. Adrián Todolí Signes

Codirector:

Ph.D. Hernando Torres Corredor

Línea de Investigación:

Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá, D.C., Colombia

2019



*A mis padres y hermano, por su incansable apoyo*



## **Agradecimientos**

Al Doctor Adrián Todolí Signes quien dirigió este trabajo y cuyos conocimientos fueron piezas fundamentales para su desarrollo, por acoger esta idea y guiarme en la realización de ella.

Al Doctor Hernando Torres Corredor, Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Coordinador de la Maestría en Derecho con perfil de profundización en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, por su empeño en ofrecer un programa de calidad y su compromiso con el mismo.

A aquellos profesores que a lo largo de este trayecto aportaron con su conocimiento y experiencia en mi formación académica y alentaron el afecto por el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

A la Universidad Nacional de Colombia, pequeño mundo diverso en cuyas aulas, bibliotecas y prados se siente un amor único e inexplicable, por la oportunidad de formarme, de ser y de estar.

A todos aquellos que fueron cómplices de este proceso, quienes con una palabra de aliento o una risa motivaron el andar.



## Resumen

Bajo la promesa de crear más empleo la flexibilidad laboral ha logrado generalizarse en Colombia desde 1990, paralelo a ello, y más recientemente, la economía colaborativa (*on demand*) ha encontrado un terreno fértil en la flexibilidad laboral y se ha convertido en una alternativa para acceder a una fuente de ingreso, mediante el trabajo realizado a través de aplicaciones digitales. Así las cosas, la economía colaborativa y la flexibilidad laboral se complementan entre sí y bajo consignas de libertad y autonomía se esconden relaciones laborales entre las empresas de economía colaborativa que trabajan a través de aplicaciones digitales y quienes prestan servicios para ellas. Por lo anterior, resulta importante conocer qué implicaciones tiene la presencia de empresas que operan bajo el modelo de economía colaborativa, a través de aplicaciones digitales, en el marco de un contexto de flexibilidad laboral, en el ámbito laboral colombiano. En ese sentido, se hace necesario establecer la relación entre economía colaborativa y flexibilidad laboral, de manera que se evite el ocultamiento de relaciones laborales y, en consecuencia, el menoscabo y precarización de los derechos laborales de quienes trabajan para las aplicaciones digitales y el costo social que ello representa. Lo anterior, llevará a identificar aquellas vetas que permiten establecer la existencia de una relación laboral en las formas de economía colaborativa que operan a través de aplicaciones digitales, de manera que se pueda crear una base conceptual, a partir del estudio de la subordinación y del principio de primacía de realidad sobre las formas, que permita encaminar el debate legislativo y judicial en Colombia.

**Palabras clave:** Flexibilidad laboral, Economía colaborativa, Primacía de la realidad sobre las formas, Subordinación, Costo social



## **Abstract**

Labor flexibility managed to become widespread in Colombia since 1990 as a result of its promise of creating more employment, parallel to this, and more recently, the collaborative economy (on demand) has found fertile ground in labor flexibility and has become an alternative to access a source of income, through work performed through digital applications. This being so, collaborative economy and labor flexibility complement one another and under the banner of liberty and autonomy they hide employment relations between the companies in the collaborative economy that perform through digital applications and those who provide services for them. Because of the foregoing, it is important to understand the implications that the presence of companies operating under the collaborative economy model have, in the framework of a labor flexibility context in the Colombian work setting. In this sense, it is necessary to establish a relation between the collaborative economy and labor flexibility, in order to prevent the concealment of labor relations and therefore the impairment and degradation of the employment rights of those who work for the digital applications and the social costs that this represents. This will lead us to identifying those particularities that would permit the establishment of the existence of employment relations in the form of collaborative economy operating through digital applications, in a way that would allow the creation of a conceptual foundation, originating from a study of the subordination and the principle of primacy of reality over formality, that in turn would enable a legislative and judicial debate in Colombia.

**Keywords: Labor flexibility, collaborative economy, principle of primacy of reality, subordination, social cost.**



# Contenido

	Pág.
<b>1. Flexibilidad laboral y economía colaborativa, el nuevo mutualismo del siglo XXI.....</b>	<b>7</b>
1.1 Flexibilidad laboral.....	7
1.1.1 Más competitividad y productividad ¿y la calidad del empleo?.....	11
1.1.2 28 años de flexibilidad laboral en Colombia .....	13
1.2 Economía colaborativa.....	21
1.2.1 Aplicaciones digitales, de la fábrica a la aplicación virtual.....	22
1.2.2 ¿Qué es economía colaborativa?.....	26
1.2.3 Tipos de economía colaborativa .....	27
1.2.4 Uber en el mundo.....	29
1.3 El ascenso de aplicaciones digitales de economía colaborativa en el ámbito laboral.....	33
1.3.1 Flexibilidad laboral y Uber, el cóctel perfecto .....	34
1.3.2 Economía colaborativa, a través de aplicaciones digitales, la alternativa moderna para escapar del derecho laboral.....	38
<b>2. Principio de primacía de la realidad sobre las formas .....</b>	<b>45</b>
2.1 Principio de primacía de la realidad, ¿suficiente respecto a las nuevas formas de trabajo en plataformas digitales? .....	46
2.2 Subordinación.....	55
2.3 Cortes en Colombia, adalides de la primacía de la realidad sobre las formas.....	60
<b>3. Subordinación digital, Uber el empleador del futuro.....</b>	<b>65</b>
3.1 Nuevas formas de trabajo en plataformas digitales .....	67
3.2 Ayer, revolución industrial; hoy, revolución digital .....	69
3.2.1 Prestación de servicio.....	71
3.2.2 Remuneración.....	71
3.2.3 Subordinación en la economía colaborativa, ¿sUBERdinación?.....	72
3.3 Adaptación a las nuevas realidades .....	87
<b>4. Costo social .....</b>	<b>97</b>
<b>5. Conclusiones .....</b>	<b>107</b>



## Lista de tablas

	<b>Pág.</b>
<b>Tabla 2-1:</b> Tipos de economía colaborativa .....	28
<b>Tabla 4-1:</b> La subordinación en sentencias de la Corte Suprema de Justicia .....	64



## Introducción

En los albores de la década del noventa, en un contexto del auge de la globalización, la flexibilidad laboral se erigió en el panorama colombiano con la promesa de reducir los niveles de desempleo y aumentar la productividad de las empresas; desde entonces, el escenario de la contratación de trabajadores en el país se ha venido modificando y, como consecuencia, se ha podido advertir una minimización de las garantías laborales a las que tienen derecho los trabajadores. Podría insinuarse entonces, que la flexibilidad laboral supone un mecanismo loable que logra un equilibrio entre los intereses del empleador y los del trabajador, pues consigue brindar a las empresas la posibilidad de aumentar su productividad, al tiempo que ofrece oportunidades de empleo a la población, al facilitar aspectos tales como la contratación de personal. Sin embargo, en la práctica, la flexibilidad laboral no sería más que una política impulsada por los estados, a lo largo del globo, para ajustar sus economías en coherencia con las nuevas dinámicas económicas y productivas en el marco de la globalización y una herramienta del mercado para acelerar los engranajes de la economía, sin ningún tipo de consideración social y sin lograr incentivar, como lo promete, el empleo, pues no basta con eliminar las rigideces en los preceptos normativos laborales para asegurar un efectivo aumento del índice de empleabilidad.

Más allá de la tensión que provocan las opiniones encontradas, entre empleadores y sectores allegados a los trabajadores, respecto la flexibilidad laboral, es necesario asumir que ésta es una realidad latente en las actuales legislaciones de los países alrededor del mundo; Colombia no es la excepción, a partir de 1990 se profirieron ciertas leyes que modificaron el espectro normativo y encaminaron el panorama laboral hacia los postulados de la flexibilidad laboral. Lo anterior, no debería resultar problemático, pues lo normal es que siempre existan tensiones entre los diferentes sectores de la sociedad respecto de la producción legislativa y las políticas que manejan los estados, pero lo que motiva el presente, no es propiamente la flexibilidad laboral, como tal, vista desde la perspectiva colombiana, pues tanto sus pro como sus contra ya han sido analizados desde ópticas que trascienden lo jurídico para realizar estudios desde lo económico o lo sociológico, entre otras

áreas. Lo que resulta interesante es entender cómo esa flexibilidad laboral se ha convertido en un hábitat favorable para el crecimiento de un nuevo actor en el escenario de las relaciones laborales, el cual se ha transformado en una variable adicional a la ecuación con la que se ha estudiado el derecho del trabajo desde sus inicios y que, al no haber sido prevista por quienes hacen parte del derecho laboral, está transformando todas las relaciones de la sociedad de manera silenciosa.

De la mano de la globalización, la tecnología ha alcanzado puntos altos en el desarrollo de las sociedades, su premisa es facilitar a las personas la interacción y las relaciones. Lo que hace unos años atrás sólo hacía parte de películas de ciencia ficción, actualmente hace parte de la realidad, de la mano de la tecnología hoy en día se pueden hacer cosas que hace un par de décadas eran impensables: el acceso a la información a través de internet, realizar pagos desde el computador, comprar sin salir de la casa, entre otras. Asimismo, la comunicación que en otrora requería horas, e incluso días, se ha vuelto cuestión de segundos, lo cual ha convertido a la tecnología y la globalización en una cuestión inmediata e instantánea, no han pasado dos segundos de acontecido un hecho relevante y la red ya se encuentra inundada de noticias, comentarios y reacciones al respecto. A diario, el mundo se enfrenta a una constante avalancha de datos e información; los esfuerzos ahora se enfocan en crear herramientas o programas que realicen tareas elementales y faciliten la vida de las personas: casas y electrodomésticos inteligentes, carros que se conducen sin conductor, programas que verifican en tiempo real las pulsaciones, el ritmo cardiaco y la cantidad de pasos que realiza una persona, aplicaciones para sobrellevar de mejor manera diferentes cuestiones de la vida, desde aquellas para controlar el tiempo de sueño, hasta aplicaciones para invertir en las bolsas, pasando por aquellas que permiten el entretenimiento o incluso aquellas que prometen ese amor verdadero que durante décadas se buscó en los versos de Shakespeare o Neruda.

Alrededor de esa dinámica, la economía colaborativa se ha consolidado como un escenario para el intercambio de bienes y servicios de manera fácil y eficiente pues, como se ha mencionado, dentro de la tecnología todo es cuestión de instantes. Dentro de ese desarrollo tecnológico, la entrada al mercado de los celulares facilitó el acercamiento que pronto habría de caracterizar los tiempos actuales, pero fue el lanzamiento de los *smartphones*, o teléfonos inteligentes, el que permitió que la inmediatez a través de la tecnología se hiciera más evidente y accesible a la mayor porción de la población, gracias a ellos es posible acceder a las mismas posibilidades que se tendría desde un

computador, pero con la facilidad del manejo en la propia mano. Con los *smartphones* llegaría otro mercado, este es, el de las aplicaciones digitales, o *apps*, que son programas diseñados para sistemas operativos de los celulares o tabletas electrónicas. En ese sentido las aplicaciones digitales resultaron ser el terreno adecuado para el desarrollo de la economía colaborativa y su fuerte influencia en la vida de las personas y sus relaciones, toda vez que a través de las aplicaciones se reduce al máximo los costos de las empresas que operan de esta manera, al tiempo que brindan mayor comodidad a los usuarios, lo cual permite un intercambio de bienes y servicios más eficaz. Pero la economía colaborativa no se queda allí, y reducir su definición a un mero intercambio de bienes y servicios sería ignorar la vasta red que ella desprende, por lo que a lo largo de posteriores líneas se le dará mayor contenido a la explicación del modelo mencionado y se hará énfasis en el modelo de *crowdsourcing*, que es el que, finalmente, compete a efectos del desarrollo del presente.

Como se verá más adelante, las empresas que operan bajo el modelo de economía colaborativa, a través de aplicaciones digitales, lo hacen llamándose a sí mismas intermediarias entre quienes prestan el servicio y aquellos usuarios que requieran la prestación de éste. Sabias palabras aquellas para definirse a sí mismas y evitar con ello cualquier tipo de responsabilidad laboral por quienes operan bajo su nombre. Así las cosas, empieza a desvelarse el problema que motiva la redacción del presente documento, pues en el contexto de flexibilidad laboral en el cual se encuentra enmarcada la política del Estado colombiano, el hecho que una empresa opere bajo el novedoso modelo de economía colaborativa, a través de novedosas aplicaciones digitales, no sólo resulta ser un medio para alabar la creación de empleo, sino que resulta ser atractivo por las condiciones en que se ofrece prestar los servicios; prometiendo flexibilidad horaria, autonomía y libertad, las empresas reafirmaran su autodenominada intermediación, negando con ello que son empleadores, lo cual repercute en quienes prestan el servicio, en sus derechos laborales y en la sociedad como tal. El epítome de las aplicaciones digitales de economía colaborativa es Uber, la cual ofrece servicio de transporte de pasajeros y será objeto de estudio en este trabajo, pues se parte del hecho que el análisis de tal aplicación podría extenderse a aplicaciones similares en el contexto colombiano tales como Rappi, Cabify, entre otras, que operan bajo el modelo de *crowdsourcing* específico.

Ahora, aunque tanto flexibilidad laboral como economía colaborativa parecieran ser temas totalmente ajenos, ambos son afines entre sí y su relación está poniendo en riesgo los derechos

laborales de quienes prestan sus servicios a empresas de economía colaborativa, a través de aplicaciones digitales. Por lo anterior, se estima necesario plantear el problema que regirá la investigación y, en ese sentido, cuestionarse ¿De qué manera se puede entender la relación entre flexibilidad laboral y economía colaborativa, en el ámbito laboral colombiano, con el fin de evitar implicaciones sociales en el país?. En virtud de lo anterior, durante las siguientes líneas se desarrollará la siguiente hipótesis con el fin de dar respuesta a la inquietud planteada: en los últimos años el auge de la economía *on demand* (o colaborativa para efectos del presente) ha permitido a las personas ofrecer determinados servicios a través de aplicaciones digitales mediante el modelo de *crowdsourcing*, lo cual ha llevado a una modificación de las relaciones sociales. A su vez, las políticas de flexibilidad laboral en Colombia implementadas desde 1990 a pesar de ser cuestionadas por representar un menoscabo a los derechos laborales de los trabajadores en el país, permiten que la economía colaborativa tenga un desarrollo poco traumático y se consolide como una herramienta para brindar empleo ondeando las banderas de la flexibilidad. Así pues, la relación mutualista entre economía colaborativa y flexibilidad laboral encuentra un punto en común en un escenario de ambigüedad normativa, el cual permite la aparición de una zona gris, como si se tratase de una nueva y moderna forma de simulación de contratos que ocultan relaciones laborales y precarizan los derechos laborales del trabajador, representando una huida del derecho del trabajo, pues debe tenerse en cuenta que existen ciertas formas de economía *on demand*, en las que se puede establecer la existencia de una relación laboral subyacente entre los prestadores de servicios y las empresas que operan a través de aplicaciones. Por tanto, si bien el ordenamiento colombiano ha considerado la subordinación como el elemento clave para determinar la laboralidad de una relación y ha contemplado el principio de primacía de la realidad sobre las formas para prevenir el uso de apariencias en menoscabo de los derechos laborales de los trabajadores, éstos conceptos parecen ser insuficientes ante las nuevas formas digitales de prestar servicios, por lo que resulta importante ajustar su contenido en el contexto de economía colaborativa y flexibilidad laboral con el fin solventar la desprotección laboral que sufre el trabajador que opera a través de las aplicaciones digitales y evitar el costo social que ello representa.

Para el desarrollo del presente, se analizará en primer medida el concepto de flexibilidad laboral y sus características en el caso colombiano, posteriormente se pasará a analizar el concepto de economía colaborativa y sus diferentes categorías, luego se explicará esa relación entre flexibilidad laboral y economía colaborativa que permite una ambigüedad para caracterizar a quienes prestan los

servicios para las plataformas. Con todo lo anterior, se procederá a analizar el caso Uber, su situación en Colombia, y por qué se considera que existen fundamentos para determinar que en su operación lo que en realidad existe son relaciones laborales, así mismo, se estudiará el concepto de subordinación como elemento esencial del principio de primacía de la realidad, para determinar que sus herramientas de protección al trabajador resultan ser insuficientes para casos de este tipo, por lo que ajustar su contenido a las nuevas dinámicas economía colaborativa – flexibilidad laboral, permitirá evitar el costo social que se genera a causa de tal desprotección.

Resulta importante abordar esta investigación de la manera que acá se presenta, toda vez que en el país existe poca literatura al respecto, además tanto el aparato legislativo como el judicial aún ven con ojos de espectadores abrumados lo que está aconteciendo frente a ellos, pero aún no se atreven a tomar medidas al respecto. De igual forma, resulta importante hacer el estudio respecto a la plataforma Uber por ser el estandarte y la empresa de economía colaborativa más representativa que existe actualmente en el país, y el mundo, aunado a que los tímidos debates que se han generado alrededor de la operación de Uber se centran más que todo en la esfera del derecho civil, de la competencia desleal y de la legalidad del servicio; más no ha habido un debate que abarque el ámbito laboral, por lo que existe una amenaza que empieza a ceñirse sobre la sociedad y las garantías laborales de quienes prestan el servicio en tales plataformas.

La investigación realizada en el presente se enmarca en un método cualitativo que responde al análisis de determinados debates conceptuales, de manera que, mediante la interpretación de los mismos, se pretende dar solución al problema y las diferentes tensiones que surgen, a raíz de éste, en torno al vínculo de Uber y sus conductores, la situación que subyace realmente en dicha relación y las implicaciones sociales que representa la negación de los derechos laborales, así como también el reto que plantea la noción de subordinación y el principio de primacía de la realidad ante los nuevos tiempos.

Igualmente, la presente es una investigación dogmática que pretende llenar una laguna material existente en el ordenamiento colombiano respecto la situación laboral de quienes llevan a cabo servicios para plataformas de economía colaborativa. Ello, mediante el análisis de lo que ha dicho la doctrina, el tratamiento que le han dado al tema otros ordenamientos judiciales y el estudio del

principio de primacía de la realidad y derechos laborales en Colombia a la luz de las nuevas aplicaciones digitales.

Ahora bien, con el fin de dar respuesta al problema abordado, la investigación se basó en la recopilación de fuentes bibliográficas doctrinales y jurisprudenciales en torno a los debates y conceptos que sirven como pilares para el desarrollo del documento, así como también, en el análisis de contenido de los diferentes autores que hacen referencia a elementos que se consideran importantes dentro del presente, tales como: flexibilidad laboral, economía colaborativa, principio de primacía de la realidad, subordinación y costo social, los cuales permiten tener un cuerpo teórico sólido del cual derivan las conclusiones presentadas al final de este trabajo. En ese sentido, se llevaron a cabo actividades de recolección, estudio, interpretación y análisis de la información pertinente, con la cual, a partir de un método deductivo se logra dar respuesta al problema que rige este documento.

Así las cosas, se contempló el estudio de la flexibilidad laboral y la economía colaborativa, de manera que se comprenda cómo, pareciendo temas tan diferentes, logran encontrar un importante punto en común, además conocer cada concepto es base fundamental para construir el análisis de la relación entre los mismos; de igual forma, el estudio de la subordinación, como figura del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los de la Corte Suprema de Justicia, está enfocado en entender dicho elemento a la luz de las nuevas aplicaciones digitales y las nuevas formas de trabajo que ellas ofrecen; por último, el análisis en conjunto de los anteriores elementos permite vislumbrar algunas implicaciones sociales que resultan como producto de ese mutualismo moderno que está surgiendo entre flexibilidad laboral y economía colaborativa, por lo que su estudio permite poner de presente las consecuencias de dicha relación y resaltar la necesidad de un debate nacional a la luz del derecho del trabajo.

Como se enunció, uno de los problemas que representa el abordaje del tema expuesto es el poco desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal que existe en Colombia, no obstante, para minimizar dicho problema se considera útil afianzarse del amplio respaldo teórico consultado respecto las experiencias de otros países y de la considerable bibliografía algunos doctrinantes que se han fortalecido en dicho tema de manera que se pueda dar contenido al objeto de estudio.

# **1. Flexibilidad laboral y economía colaborativa, el nuevo mutualismo del siglo XXI**

## **1.1 Flexibilidad laboral**

A partir de la década del 70 se generó una ruptura respecto a la organización y producción del trabajo, tal como lo advierte Miguélez en 2005: “En los años 70 y 80 se registra cierta crisis en las formas dominantes de producción, es decir, en el taylorismo-fordismo, porque este resulta rígido en exceso para las demandas que provienen del mercado” (Citado en: Ganga Contreras, Burotto, y Navarrete Andrades, 2014, p. 549). En ese sentido, también lo entiende López, quien afirma que la flexibilidad laboral representa “el fin de la época del trabajo rutinario y repetitivo fordista y a nuevas oportunidades de autonomía y realización en el trabajo (2002, p.1). Tal cambio en las formas de producción creó la necesidad de hacer flexible la organización del trabajo, en la cual las empresas no sólo deben empezar a atender a los constantes cambios del mercado para reaccionar a ellos, sino que también buscan minimizar la incertidumbre que generan tales cambios.

La flexibilidad laboral y sus postulados empezaron a implementarse con el fin de mejorar las condiciones del mercado laboral, ello, bajo las directrices del Consenso de Washington, según el cual el mercado de trabajo funciona en la medida en que se asimila al mercado de competencia perfecta, es decir, que si tanto el mercado de trabajo como los demás mercados de la economía operan de manera competitiva, la economía alcanzaría un óptimo de Pareto (Isaza Castro, 2003, p. 20). En ese sentido, “el papel del mercado laboral durante los procesos de estabilización y ajuste es el de asegurar que las reducciones en los gastos nacionales tienen lugar sin inducir una disminución sustancial en la producción nacional y el empleo. (...) un mercado de trabajo sin rigideces permite que los salarios caigan lo suficiente para abaratar los costos de producción al punto que la producción se recupera y el empleo se mantiene prácticamente constante” (Isaza Castro, 2003, p. 20).

Un primer paso para entender el concepto de flexibilidad laboral podría ser una definición estrictamente semántica del mismo construida a partir del significado de *flexibilidad* y el de *laboral*, para posteriormente realizar una especie de fusión entre ambas nociones. Entonces, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “flexibilidad” hace referencia a calidad de flexible, que a su vez significa “que se adapta con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro u otros”, o “que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas” o, finalmente, “susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades” (Real Academia Española, 2017); por otra parte, “laboral” se define como: “perteneciente o relativo al trabajo, en su aspecto económico, jurídico y social” (Real Academia Española, 2017). En tal construcción conceptual, se entiende que flexibilidad laboral es “una condición del trabajo que, en sus aspectos económico, jurídico y social, es susceptible de cambios o variaciones según las necesidades o circunstancias” (Ganga Contreras, Burotto, y Navarrete Andrades, 2014, p. 546)

No obstante, concebir el fenómeno de la flexibilidad laboral desde una mera construcción realizada a partir de un diccionario resulta ser una labor incompleta si se tiene en cuenta que, más allá de querer entender un significado, lo que se busca es dar sentido a un concepto dentro de esa realidad que representa dentro de la sociedad, más aún en tratándose de una noción que se está convirtiendo en actor importante dentro de las relaciones laborales, ora como coprotagonista, ora como antagonista, según la línea ideológica de quien juzgue. En consecuencia, una vez construida la anterior concepción, se cuenta con una base conceptual sobre la cual se hace necesario empezar a entender la flexibilidad laboral, en ello la doctrina juega un papel importante, pues logra recoger un significado aproximado basado en un contexto, pero además resulta importante no dejar de lado las condiciones económicas, políticas y sociales que rodean el concepto y que, de una u otra manera, se convierten en directrices de los gobiernos y del mercado de trabajo. La realidad se encuentra más allá de las páginas de los diccionarios y es allí donde debe encontrarse la definición de flexibilidad laboral, toda vez que, de acuerdo con las dinámicas de la sociedad, tal significado se encuentra en función de las relaciones que se generan dentro de la misma sociedad.

Para Ganga Contreras, Burotto y Navarrete Andrades, flexibilidad laboral es un proceso que resulta convirtiéndose en un asunto sociopolítico, en ese sentido “las empresas no sólo velan por adecuar sus quehaceres a las nuevas modalidades productivas sino que tratan de minimizar la incertidumbre que esas formas novedosas se insertan en un entorno más complejo; la operación de

flexibilización laboral no es sino el traspaso de tal incertidumbre a los trabajadores” (2014, pp. 549-550).

Para Ibarra Cisneros y González Torres la flexibilidad laboral es el resultado de cambios en el contexto económico general (2010, p. 36), en ese sentido “No puede hablarse de un solo concepto de flexibilidad, hay diversos enfoques al respecto y aún no ha podido establecerse un concepto definitivo; tampoco hay un acuerdo en cuanto a sus virtudes y políticas para aplicarla” (Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p 37)

Por su parte, para Diego López la flexibilidad laboral hace alusión a “una visión crítica de las normas jurídicas sobre el trabajo asalariado, a las que se les demanda esfuerzos para facilitar la cada vez más necesaria adaptabilidad empresarial en un contexto de permanente aumento de competitividad. De allí que se aluda una y otra vez a la flexibilidad como recurrida receta para mejorar el desempeño empresarial y la creación de empleo”.(López F., 2002, p. 1)

En ese orden de ideas, resulta claro que la flexibilidad laboral se encuentra ligada a la dinámica de globalización y su preocupación mayor es la productividad de la empresa y a pesar de existir enfoques teóricos distintos en su definición, Juan Antonio Sagardoy (1993) afirma que, en ella, convergen ciertos elementos, a saber: “la reorganización y la reducción de tiempo trabajado, con especial énfasis en la utilización del mismo en función con las necesidades productivas; la flexibilidad en los salarios, e incluso la diversificación de los mismos según la edad y estado del trabajador; la suavización de las reglas de acceso a los contratos atípicos de trabajo, denominando tales a los eventuales, a tiempo parcial, etc.” (Citado en: Pérez García, 2016, pp.16-17).

Ahora bien, en cuanto a sus consecuencias, se ha entendido que la flexibilidad laboral permite la eliminación de las rígidas normas laborales que conducen al desempleo e informalidad, así las cosas, “el Banco Mundial sostiene que la principal causa del desempleo en América Latina reside, fundamentalmente, en la inflexibilidad de los mercados laborales, lo que se traduce en que el sector formal de la economía no sea dinámico en términos de generación de empleos (Chávez, 2001, citado en: Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p. 38) . Según lo anterior, “un mayor grado de flexibilidad laboral permitiría —en teoría— la creación de mayor empleo y la reducción del sector

informal, de ahí que dichos organismos han promovido la aplicación de diversos mecanismos de flexibilidad laboral para disminuir el elevado desempleo prevaleciente desde la década de los ochenta del siglo pasado” (Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p. 38).

Se observa entonces que, la flexibilidad laboral resulta ser una herramienta que favorece en mayor medida al empresario y no tanto un mecanismo que favorezca al trabajador o a la porción de la población que se encuentra bajo la expectativa de políticas de disminución del desempleo. A pesar del discurso de la flexibilidad laboral como instrumento generador de empleo, lo cierto es que dicho aumento del empleo no es verificable en la realidad, y si de alguna manera se llegase a comprobar que a mayor flexibilidad mayores oportunidades de empleo, se haría necesario entonces comprobar, a su vez, las condiciones en que se está generando ese empleo, la calidad de éste y la observancia a los derechos laborales mínimos de los trabajadores. Guarda relación con ello, lo dicho por López F. al afirmar que “no se ha demostrado en forma definitiva que la legislación laboral tenga efectos directos sobre los niveles de empleo, ni está claro que exista una relación entre el nivel de la tasa de desempleo y la envergadura de la protección social. Países con alto grado de protección social exhiben bajas tasas de desempleo e inversamente, países con poca protección social reflejan tasas elevadas de desempleo” (2002, p. 4). Es allí entonces, al colocar en la balanza la generación de empleo que pregona la flexibilidad laboral y la calidad de éste, cuando la primera parece perder la batalla, pues el respeto a las garantías mínimas del trabajador se encuentra en amenaza latente a causa de la esencia misma de la flexibilidad laboral y aún más cuando esta flexibilidad es llevada al límite como si se tratase de una banda elástica que por su carácter flexible se dobla y desdobra a gusto de quien la maneja.

Resulta válido también, hacer referencia acerca de la flexibilidad laboral desde un análisis descriptivo del concepto, en el cual se afirma que la flexibilidad se caracteriza por ser interna y externa. La primera, según Fina (2001), es esa facultad que tiene la empresa para designar a los trabajadores a determinadas tareas o puestos de trabajo al interior de ésta, además de la capacidad para modificar las condiciones de trabajo, la organización del mismo de acuerdo a las necesidades productivas que surgen en el desarrollo de éste y la adaptación a las exigencias del mercado. (Citado en: Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p.44). De otra parte, la flexibilidad externa se caracteriza por manifestarse de diferentes formas tales como la contratación temporal, la subcontratación, externalización u outsourcing las empresas de trabajo temporal (ETT), los contratos

de aprendizaje, los trabajadores por cuenta propia, la modificación de la normativa laboral para ampliar las causales de despido, entre otras (Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p.41), que resultan ser figuras alternativas de contratación, mediante las cuales se abaratan costos en pro de la productividad empresarial. Así pues, tales autores concluyen que “la mayoría de las economías han enfocado sus esfuerzos hacia la flexibilidad de tipo externa y en menor medida a la interna y salarial. El despido y disminución de los costos laborales mediante el uso e implementación de contratos temporales, de regímenes de pasantías y formación son parte de los mecanismos más aplicados y que han recibido menor oposición en comparación a los demás” (Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p.48).

### **1.1.1 Más competitividad y productividad ¿y la calidad del empleo?**

Ya se expuso anteriormente que la flexibilidad laboral no garantiza un aumento en la creación de puestos de trabajo, por lo que la única forma en que se puede entender el éxito, la permanencia y la expansión global de su aplicación por parte de las políticas estatales es en el entendido que permite asegurar la productividad de las empresas, lo cual repercute de manera directa en la competitividad de los países. En concordancia con ello, se ha dicho que el grado de flexibilidad laboral influye directamente en la competitividad de un país, como es el caso de Estados Unidos y Reino Unido; igualmente, se ha tomado en consideración el caso europeo, que si bien posee un grado de flexibilidad laboral menor al de los países ya mencionados, resulta igualmente exitoso a pesar que exista una menor creación de empleo, pues la profundidad en las reformas laborales relacionadas se encuentra limitada (Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p.48), lo cual lleva a entender y reafirmar el hecho que la flexibilidad laboral no garantiza la generación de empleo, pero sí permite el aumento de productividad, lo cual resulta ser un elemento fundamental en el sostenimiento de este tipo de políticas y leyes de flexibilidad, pues asegura el apoyo de un sector fuerte en términos políticos, económicos y sociales como lo es el empresarial. De lo anterior, se advierte que los argumentos relacionados con el aumento del empleo resultan ser una mera propaganda que permite el ingreso a la legislación de tales políticas de flexibilidad, evitando con ello la presión que puedan ejercer, hacia las mismas, la sociedad y los colectivos que eventualmente puedan verse influenciados por tales leyes.

En efecto, el hecho de asegurar unas metas a los empleadores, no debería ser razón suficiente para promover la flexibilidad de manera excesiva e irresponsable, hasta el punto de llegar a

escenarios donde las políticas se vuelven tan elásticas que los límites se confunden en la espesa bruma de la ambigüedad normativa. Para Gómez Vélez, la flexibilidad termina convirtiéndose en “una frustración para los trabajadores que anhelan tener un empleo, estabilidad laboral y obtener mejores beneficios laborales y sociales, es decir, que aspiran a un trabajo decente” (2014, p.105). Es decir, que la flexibilidad afecta la calidad del empleo lo cual no justificaría en ninguna medida su uso abusivo en las políticas de los gobiernos, más aún, cuando el concepto de trabajo decente supone la directriz que debe guiar la actuación de los Estados en términos de política laboral. El concepto de trabajo decente cobra especial relevancia a partir de 1999 en la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, respecto a dicho concepto se destaca:

El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.

(...)

El empleo productivo y el trabajo decente son factores clave para alcanzar una globalización justa y reducir la pobreza. (Semovia, 1999)

Tal como lo ha contemplado la OIT, el trabajo decente se compone de elementos tales como oportunidades de empleo e ingresos; la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social. Son éstos entonces, los pilares fundamentales sobre los cuales se construirá el concepto de trabajo decente y los cuales guiarán las políticas de los Estados y las Organizaciones Internacionales. Posteriormente, en 2008, se adoptó la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, en la cual se expresó la universalidad de la Agenda de Trabajo Decente, indicando que “todos los Miembros de la Organización deben propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo (OIT, 2008, p. 2). Igualmente, se adoptó el Pacto Mundial para el Empleo, ante la perspectiva de un prolongado incremento mundial del desempleo, la pobreza y la desigualdad, así como las persistentes dificultades de las empresas. Allí, se hizo un enfoque desde el efecto social de las políticas para buscar superar la crisis del empleo. El Pacto se encuentra

“Guiado por el Programa de Trabajo Decente (...) ofrece un marco de respuestas a las crisis diseñadas para guiar las políticas nacionales e internacionales y estimular la recuperación económica” (“Pacto Mundial para el Empleo”, 2016). Se observa entonces, que las políticas de las organizaciones internacionales se han enfocado en los últimos años hacia el objetivo del trabajo decente. Así mismo, la Organización de Naciones Unidas ha comprendido la necesidad del trabajo decente como motor del desarrollo humano y el progreso de los países, es por ello que lo incluyó dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible el desarrollo del trabajo decente (ONU, 2015, pp. 22 y 23). No obstante, las políticas de flexibilidad laboral y la omisión de éstas de contemplar la calidad en los empleos, que aparentemente genera, parecen ir en contra de los postulados del trabajo decente que, en últimas, es la garantía para el trabajador respecto al inmenso poder del empleador.

Ahora bien, que por medio de la flexibilidad laboral se realicen prácticas que no sean coherentes con los postulados del trabajo decente no implica, *per se*, que tal concepto entrañe una alta carga negativa, pues el mercado laboral depende no sólo de la variable trabajador/empleo, sino también de la de empleador/productividad. Lo que sí resulta cierto es que la flexibilidad laboral representa un hábitat favorable no sólo para la aplicación de formas de contratación atípicas que se amparan bajo tal flexibilidad para ocultar relaciones de trabajo subyacentes, sino también para el fortalecimiento de nuevas formas de contratación que empiezan a evolucionar bajo las sombras de la ambigüedad normativa y lejos de los radares del derecho laboral. Ya lo advertían Pérez García y Aragón de Pérez al afirmar que las relaciones laborales de antaño están cediendo a nuevas formas de contratación, las cuales se adaptan fácilmente a las fluctuaciones rápidas y continuas del mercado (1999, p. 84). En ese momento, se hace necesario involucrar el análisis de la noción de flexibilidad laboral y, hasta qué punto, en virtud de la utópica creación de empleos, se flexibiliza tanto la condición laboral que se desdibujan los derechos y garantías mínimas laborales, llegando con ello a una afectación del trabajo decente.

### **1.1.2 28 años de flexibilidad laboral en Colombia**

Hablar de flexibilidad laboral implica remitirse a un escenario de globalización, apertura económica y mercados dinámicos, en tal coyuntura fue que tal concepto encontró en Colombia su punto de germinación, pues fue a principios de la década de los noventa, en el marco del gobierno de César Gaviria Trujillo, cuyas banderas se ondeaban en pro de la apertura económica y la entrada al país del paradigma de la globalización, que iniciaron las primeras políticas en torno a la

flexibilización, ello como manifestación “de una misma necesidad empresarial: dar respuestas eficaces a los constantes y profundos cambios económicos y tecnológicos en que viven inmersas las empresas” (Pérez García y Aragón de Pérez, 1999, p. 11).

En el escenario colombiano, se coincide en afirmar que a partir de la promulgación de la Ley 50 de 1990 se inició un proceso de flexibilización de las rígidas normas laborales en similares condiciones a las características que ya han sido enunciadas previamente. Dicho cuerpo normativo, trajo consigo significativos cambios en la legislación laboral colombiana, teniendo en cuenta que se consideraba que “el sistema que venía rigiendo en el país era el causante de la baja productividad y la débil competitividad del sector productivo” (“Una ola de grandes reformas”, 2000), sin mencionar, además, la gran inestabilidad laboral que existía para la época. De suerte que la introducción de elementos, tales como el contrato a término fijo por período inferior a un año, contemplado en el artículo tercero de tal Ley puede entenderse como una forma de “introducírle una mayor flexibilidad al proceso de contratación” (“Una ola de grandes reformas”, 2000); asimismo, se estableció un nuevo sistema para liquidar las cesantías de manera anual, lo cual implicaba la eliminación de la doble retroactividad de las cesantías y, con ello, “se puso fin a uno de los factores que mayor obstáculo causaron en Colombia para un empleo estable y formal” (“Una ola de grandes reformas”, 2000). Igualmente, se eliminó la acción de reintegro de los trabajadores despedidos después de diez años de labores, la cual “era posiblemente la principal causa de despidos antes de que se cumpliera este límite de antigüedad en una empresa” (“Una ola de grandes reformas”, 2000). Por otra parte, se introdujo un límite de las horas extras permitidas a la semana, determinando que el máximo de horas extras que se pueden trabajar es de 2 horas diarias y 12 semanales, de conformidad con el artículo 22. Igualmente, se flexibilizó la noción de salario, se creó el salario integral y se crearon las Empresas de Servicio Temporales (EST), que serán clave en el proceso de intermediación laboral, entre otros cambios, que representan la aplicación de la flexibilidad laboral externa. El servicio temporal adquirió importancia con la mencionada ley, la cual “incorporó importantes antecedentes normativos sobre el particular y marcó un hito en la flexibilización laboral, que además de morigerar algunas rigideces normativas, en materias como jornada laboral, salarios, indemnizaciones por despido de trabajadores, pago de cesantías, estableció la figura del salario integral, entre otros, y reguló la constitución y funcionamiento de las empresas de servicio temporal” (Pérez García, 2016, p. xv). En igual sentido, Isaza (2003), afirma que la Ley 50 de 1990 “constituyó el primer paso en la flexibilización al mercado laboral en Colombia, la cual estuvo orientada a facilitar la creación de

nuevos empleos porque hizo menos costosa la contratación y los despidos de los trabajadores”. (Citado en: Gómez Vélez, 2014, p. 107)

A pesar de las intenciones de la ley 50 en términos de empleo, es válido precisar que los resultados de la misma parecieron no haber sido los esperados, toda vez que “entre 1991 y 1995 el empleo en las principales ciudades sólo creció a una tasa media anual del 2,9 por ciento, esto a pesar de que la producción de la economía aumentó a una tasa del 6,1 por ciento” (“La Ley 50 no aumentó el empleo”, 1996), mientras que entre 1985 y 1991 “la tasa de aumento del empleo era de 4,7 por ciento mientras el PIB crecía al 3,5 por ciento” (“La Ley 50 no aumentó el empleo”, 1996). Es decir, que el crecimiento del empleo presentaba resultados más positivos antes de la promulgación de la Ley 50, que los que se presentaron con posterioridad a la reforma laboral. En ese mismo sentido, en entrevista realizada al presidente de la época, éste afirmó que “La Ley 50 era necesaria por la globalización y la rotación de trabajos de la gente. Nadie puede decir que por su culpa haya más desempleo en Colombia. Lo que pasa es que el tema de la informalidad hay que atacarlo de una manera mucho más agresiva, como aumentar el acceso de la gente a recursos de capital y mejorar la capacitación de las personas” (Gaviria, 2011). De lo anterior, se rescata que no sólo hubo más desempleo con posterioridad a la promulgación de la ley en mención, sino que además la informalidad se posicionó en el país, esto, como una alternativa a las cifras de desocupación que se presentaron, por lo que la flexibilidad laboral, no sólo implica lidiar con la creación de puestos de trabajo, sino que implica la necesidad de asegurar la calidad de éstos y permitir un acceso a la sociedad para evitar tal informalidad que, a la larga, erosiona a la sociedad.

Los pocos resultados obtenidos en términos de empleo por la ley 50 son perceptibles si se tiene en cuenta que “a partir de 1996 la tasa de desocupación urbana inició una tendencia ascendente hasta alcanzar niveles superiores al 20% hacia finales de 1999; históricamente los más altos de acuerdo con los registros oficiales del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. Para finales de 2002, la población desocupada de las 13 ciudades más grandes de Colombia ascendía a 1.5 millones de personas” (Isaza Castro, 2003, p. 11), así pues, se hizo necesaria una nueva reforma laboral que continuara atacando ese flagelo de desempleo que tanto agobiaba al país. Como respuesta a ello se promulgó la Ley 789 de 2002, la cual representó otro gran paso dentro del proceso de flexibilización en el país, caracterizado, entre otras, por la reducción de los costos que producía el

despido de trabajadores, lo cual, en el corto plazo, llevó a la eliminación de empleos improductivos que seguían existiendo solamente por los altos costos de despido que debían pagar las empresas. De esta manera, se facilitó que las empresas despidieran trabajadores y contrataran otros más calificados o productivos (Nuñez, 2005, p. 3).

En cuanto a la Ley 789 Núñez advierte que “La reforma laboral contiene dos elementos principales: 1) protección laboral y 2) flexibilidad laboral. (...) El segundo elemento contiene cambios en la legislación laboral contenida en el Código Sustantivo del Trabajo (CST). Su objetivo primordial es darle mayor flexibilidad a los contratos laborales, específicamente a las jornadas de trabajo, los costos de despido y el contrato de aprendizaje”(2005, p. 7).

Por su parte, Rodríguez (2007), considera que la ley 789 de 2002, tuvo significativa importancia en el desarrollo de la flexibilidad laboral en Colombia toda vez que, en concordancia con la globalización y la internacionalización de la economía “implantó cambios importantes en las relaciones laborales, al hacer una reducción de las indemnizaciones por despido injusto, reducir el pago de horas extras y disminuir los recargos por festivos y dominicales”. (Gómez Vélez, 2014, p.113). Mientras tanto, Isaza Castro afirma que “dicha reforma coincide con la premisa de la economía neoclásica según la que las reducciones del costo laboral conducen a aumentos en la demanda de trabajadores y reducciones en la tasa de desempleo (Isaza Castro, 2003, p. 12).

Para Gómez Vélez, la flexibilización laboral en Colombia “ha traído consecuencias contraproducentes para los trabajadores, e incluso para el ambiente laboral de las organizaciones, pues la inequidad es parte del ambiente de trabajo, ejemplo de ello es que no todos quienes trabajan en una organización, sean trabajadores directos o externalizados, acceden a la capacitación, auxilios, bonificaciones, estabilidad u otros servicios, así compartan los mismos lugares de labor (Gómez Vélez, 2014, p. 114). En ese sentido, se considera que los cambios impuestos por la ley 789, no sólo procuraban brindar beneficios a las empresas si no también aumentar el empleo, mediante mecanismos tales como la flexibilización de la jornada laboral, la extensión del horario diurno hasta las diez de la noche o la modificación de los recargos dominicales, no obstante, los estudios realizados cuatro años después de implementada la ley, concluyeron que tal reforma no incrementó el empleo, pero sí precarizó el trabajo (Gómez Vélez, 2014, p. 114). Lo anterior deja entrever, como

se mencionó anteriormente, que, en la práctica, mayor flexibilidad no necesariamente significa aumento del empleo, aunque la premisa de dicha política sea esa.

Adicionalmente, la flexibilidad también alcanza a ciertas tipificaciones de contratos y algunas formas simuladas de contratación que permiten aumentar productivamente el ejercicio de su actividad económica en detrimento de los derechos laborales de los trabajadores. En relación con los derechos de los trabajadores, uno de los temas centrales en el debate laboral colombiano, en la coyuntura de flexibilidad laboral, es la precarización, la cual se evidencia, según lo afirmado por Efrén González, en las altas tasas de informalidad, la intermediación laboral y la consecuente negación de los derechos propios del vínculo (2014, p. 143), todo ello, en su mayor parte, auspiciado por ese proceso de flexibilización que se ha venido desarrollando. La legislación laboral colombiana sigue la línea doctrinal en la que se tiene como punto de partida del derecho del trabajo al contrato de trabajo (Goldin, 2014). A partir de allí, se han definido diferentes modalidades del mismo, entre las cuales podemos encontrar el contrato a término indefinido y el contrato a término fijo, así como también diversas formas de contratación que, tal como lo indica Juan Luis Londoño, buscan “flexibilizar el mercado laboral como condición necesaria para dinamizar el empleo” (J. González, 2003, p. 234). Dentro de dichas formas de vinculación se pueden encontrar el contrato de aprendizaje, la contratación por medio de cooperativas de trabajo asociado o mediante empresas de servicios temporales, entre otros. Este somero panorama de la cuestión contractual en Colombia muestra una variedad de formas de contratación que se han ido adoptando y que permiten que se pueda flexibilizar el escenario laboral y aumentar, en teoría, la creación de empleo. Así pues, “En tiempos recientes, el contrato de trabajo contemplado en el CST ha venido siendo reemplazado por formas de contratación alternativas que se encuentran por fuera de la órbita protectora del derecho laboral, o por modalidades que se distancian en algunos aspectos del referente tradicional de relación laboral subordinada” (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 79). Para explicar lo anterior, González; Lagos y Herrera (citados en Procuraduría General de la Nación, 2011) señalan algunos elementos importantes, dentro de los cuales, se destaca: “La estructura de costos del contrato de trabajo, pues ésta se compone de una serie de retribuciones no salariales que encarecen el precio relativo de la mano de obra tanto en relación con otras modalidades de contratación existentes, como frente al precio del capital, que es un factor productivo sustituto del trabajo” (p. 80). Y es que parece que las dinámicas productivas actuales, impulsan a los empleadores a buscar formas de huir del amparo que le da al trabajador el derecho del trabajo, de manera que su actividad económica se fortalezca, así lo manifiestan Gómez y Restrepo:

En Colombia la flexibilidad laboral se presenta igualmente a través de los contratos comerciales con empresas temporales, cooperativas de trabajo asociado y contratos de prestación de servicios, además de la utilización de contratos laborales a término con duración establecida. El incremento de la utilización de estas modalidades de relación laboral genera pérdida de calidad del trabajo, con su respectiva disminución de calidad de vida y bienestar de los trabajadores y de sus familias. (2013, p. 173)

En tal contexto, afirma Gómez Vélez que “la flexibilidad laboral en Colombia, se ha impuesto como una exigencia de las organizaciones a los Estados en su búsqueda de competitividad y sobrevivencia, pero que ha traído pérdidas significativas a la protección legal que tenían los trabajadores, incrementando cada vez más la precarización del empleo” (2014, p. 103). Y posteriormente resalta que tal flexibilidad se ha manifestado a través de diferentes formas tales como los contratos comerciales con empresas temporales, las cooperativas de trabajo asociado y los contratos de prestación de servicios, entre otros, así como también a través de la utilización de contratos laborales a término fijo (Gómez Vélez, 2014, p. 103).

Ahora bien, en la actualidad la flexibilidad laboral está adoptando nuevas facetas. Ya no se trata únicamente de la intermediación a través de Empresas de Servicio Temporal o agencias de colocación, o a través del uso inadecuado del contrato de prestación de servicios, ahora se trata de figuras tales como el trabajo a domicilio, el teletrabajo, o lo que compete a esta investigación: el trabajo desarrollado a través de aplicaciones digitales en el marco de la economía colaborativa y bajo el modelo de *crowdsourcing* específico, en ese sentido “frente a estas formas de flexibilización se vienen dando otras modalidades que buscan descentralizar la prestación de servicios haciendo énfasis, no ya en la relación laboral sino en la comercial, surgiendo la llamada tercerización u *outsourcing*” (Pérez García y Aragón de Pérez, 1999, p.12). Para Pérez García la intermediación tiene dos modalidades, la primera hace referencia a “quien media en el acto de contratación de personal, pero no lo hace para sí” (Pérez García, 2016, p.34), es decir que no recibe una contraprestación ni beneficio alguno por los servicios prestados por el trabajador que ha vinculado, así como tampoco da órdenes al mismo, ni es responsable de su remuneración salarial; la segunda hace alusión al intermediario que sí tiene vínculo laboral con los trabajadores que consigue para otro actor, por lo que en esta última modalidad sí se configuraría la relación empleador-trabajador, dentro de un trato de intermediación. (2016, p.34)

Aunado a lo anterior, el alcance de la flexibilidad laboral es tan amplio que no sólo abarca el sector privado, sino también que trasciende al sector público. Allí, es frecuente el uso de contratos de prestación de servicios que flexibilizan la vinculación con el Estado, con relación a ello, Sandra Muñoz afirma (tal como se citó en Hurtado, 2013) que “Tanto públicos como privados han utilizado la contratación por servicios para evadir las cargas prestacionales y tercerizar los servicios. Las figuras como tal no están mal diseñadas, solo que hay un abuso por parte de los empleadores en el manejo de ellos”.

Si bien la flexibilidad laboral no es una herramienta creada con el fin de burlar el ámbito de aplicación del derecho laboral, debe advertirse que por su misma condición de poca rigidez normativa permite que, en la práctica, sí se den comportamientos, por parte de los empleadores, tendientes a burlar la lupa del derecho del trabajo con el fin de evitar cargas prestacionales, sociales, responsabilidades de tipo laboral y con el fin de moldear sus prácticas empresariales de acuerdo a la productividad de la empresa y la volatilidad del mercado.

Ciertamente, de lo que se trata no es de estigmatizar la flexibilidad laboral, ni irse lanza en ristre en su contra, ni mucho menos se presenta una férrea protesta a su noción y su aplicación, por el contrario, el presente parte de la recuperación inevitable de sus postulados. Inevitable, porque está íntimamente ligado a aspectos tan avasalladores como lo son la economía, el mercado y la globalización, y en coherencia con ello, el mismo fenómeno de flexibilidad se torna avasallador, por lo que debe asumirse que su importancia es vital dentro del desarrollo económico y social de un país. No obstante, para que ese desarrollo social tenga un mismo crecimiento que el económico, la aplicación de políticas flexibles de trabajo debe realizarse con sujeción a ciertos mínimos, contemplados por el concepto de trabajo decente, de suerte que el trabajador no vea sacrificadas sus aspiraciones y su papel dentro de las relaciones laborales en contraposición a los beneficios que por otro lado están percibiendo las empresas.

Los Estados deben asumir un papel responsable y de esta manera propender por una flexibilización laboral que respete unas garantías mínimas y unos derechos laborales mínimos a los trabajadores. De esta manera, y como lo diría Ibarra Cisneros y González Torres

el mercado de trabajo debe poseer algunos elementos de rigidez con el propósito de mantener una estabilidad del propio mercado e impedir la pérdida de ciertos mecanismos de seguridad que son fundamentales para evitar la descomposición de la estructura y calidad del mercado de trabajo. Es decir, se pueden introducir medidas de contratación temporal, a tiempo parcial, régimen de pasantías, polivalencia; todo ello a cambio de poseer seguro de desempleo, creación de programas para capacitar a desempleados de larga duración, determinación del número de contratos y plazos para el régimen de pasantías y contratos de aprendizaje, entre otros”. (2010, p. 45)

Sea para aumentar el empleo o para aumentar la productividad y fomentar la economía de un país, la flexibilidad laboral más allá de representar normas para minimizar las rigideces del mercado laboral, supone un contexto en el que inevitablemente se desenvuelven tanto empleadores como trabajadores, como si se tratase de la arena de un coliseo romano, allí donde habrán de enfrentarse una enorme y descomunal bestia frente a un simple y diminuto humano, asimilando a ello el desequilibrado ámbito laboral donde empleador y trabajador se enfrentan en un claro desequilibrio de poderes donde la flexibilidad laboral sería, precisamente, ese contexto, ese escenario, en donde las herramientas están dispuestas para las partes en tensión.

Bajo esa perspectiva, lo necesario resulta proteger con unos mínimos al trabajador, la flexibilidad no resulta negativa del todo, pero debe respetarse la condición de dignidad de la persona trabajadora, al menos en términos de trabajo decente, con el fin de evitar que dicha noción se convierta en una quimera que defienda únicamente intereses empresariales. Lo anterior, cobra real importancia teniendo en cuenta que, en los vertiginosos tiempos actuales, no sólo hay que enfrentar el uso inadecuado que se le da a las diversas formas contractuales, sino que se deben preparar las defensas para enfrentar las nuevas formas de trabajo que han ido consolidándose en el ámbito laboral, como el teletrabajo, y aquellas que empiezan a erigirse a través de las aplicaciones digitales de economía colaborativa, las cuales si bien no se presentan a sí mismas como empresas, sí operan en el país gracias a la ambigüedad normativa existente y a la misma flexibilidad laboral que, para el caso, pareciese que alcanzara su punto más flexible y elástico, lo cual desdibuja los límites del derecho del trabajo y afecta los derechos mínimos laborales del trabajador.

## 1.2 Economía colaborativa

La globalización ha permitido acercar al mundo a distancias casi inmediatas y ha logrado superar gran cantidad de barreras como las físicas, las culturales o las sociales, entre otras. Uno de los grandes estandartes de tal fenómeno global es internet, que ha servido como canal expedito por medio del cual las comunicaciones y la difusión de la información se volvieron instantáneas, gracias a ello, se produjo una ruptura en las fronteras que permitió acercar a la mayor parte de la población mundial. Tal como sucedió durante la guerra fría con la carrera espacial, o durante el período entre guerras con la carrera armamentista, a partir de la década del noventa se ha venido siendo espectador de una carrera tecnológica que ha logrado alcanzar avances significativos en la materia, como si la realidad se confundiera con la ciencia ficción. En dicha carrera digital, hace un par de años entraron a competir los primeros *smartphones*, y, con ello, se trazaron nuevas rutas de competencia e innovación, así pues, con la entrada al mercado de los teléfonos inteligentes se empezaron a popularizar las aplicaciones digitales (o *apps*), las cuales actúan de la misma manera que lo hacen los programas en los computadores y cuya significativa diversidad ha brindado a las compañías fabricantes una sólida rentabilidad, al tiempo que ha permitido a los usuarios tener el control de diferentes aspectos de su vida con tan sólo navegar en su teléfono. La importancia que tienen en la actualidad los teléfonos inteligentes en la vida de las personas, radica precisamente en las aplicaciones digitales que tienen a su alcance a través de éste, las cuales le permiten al usuario manejar cualquier aspecto de su vida, llevar un control de sus compromisos diarios, aprender diferentes idiomas, jugar, comunicarse de manera más rápida y constante, conocer gente, alquilar cuartos de habitación, hacer transferencias bancarias, pagar facturas, solicitar servicios de domicilios, reparaciones técnicas o transporte, entre otras.

Pero las nuevas tecnologías no sólo favorecen a las personas, sino que también están favoreciendo la disminución de los costos de transacción en las empresas, si se tiene en consideración que “los costes de transacción son la principal razón por la que las empresas prefieren realizar el trabajo por sí mismas, dentro de una organización preparada para prestar servicios al mercado” (Coase R. H., 1937. Citado en Todolí Signes, 2017, p. 18 ). Y es que tiempo atrás las empresas preferían tener una planta de personal propia, cuya supervisión y vigilancia estuviera controlada, toda vez que ello resultaba más barato que tener trabajadores independientes por fuera de la estructura empresarial, no obstante los nuevos tiempos y las nuevas tecnologías están permitiendo que los costos de transacción sean tan bajos que las empresas no tendrán ningún interés por tener

una estructura organizativa establecida y, por el contrario, optarán por descentralizar sus servicios y uno de los medios más idóneos para ello es a través de las aplicaciones digitales (Todolí Signes, 2017, p. 18 ).

En concordancia con lo anterior, se está presentando un evidente cambio en los diferentes ámbitos de la esfera social y el laboral no es indiferente a ello, “Los dos elementos clave de esta transformación son la flexibilidad del proceso laboral y la interconexión en redes de las empresas y de los individuos dentro de las empresas” (Carnoy, 2001, p. 173). El determinante papel que ejerce la tecnología en el mundo actual no es ajeno al mundo del trabajo, de esta manera influye en la estructura de las empresas y permite definir formas eficientes de producción de servicios y bienes, amén del impulso de la competencia (Carnoy, 2001, p. 173). Así las cosas, si se piensa en un mundo globalizado, de mercados y economías internacionales, es lógico pensar en cambios en estructuras como las del trabajo, ello, para significar tal como lo afirma Todolí Signes que “El modelo de relaciones laborales del S.XIX ha sido diferente a la del S.XX y parece que, en el futuro, lo será mucho más, si las predicciones se cumplen” (2017, p. 17). A pesar de que ese modelo de relaciones laborales que se está gestando en la actualidad pueda manifestarse de diversas formas, la que llama la atención por su facilidad de sobrevivir por fuera de la órbita del derecho del trabajo, pero alimentándose de este mismo, es aquella que opera bajo el modelo de la llamada economía colaborativa que, a su vez, puede desenvolverse a través de aplicaciones digitales y ha encontrado allí un medio eficaz para su expansión y posicionamiento.

### **1.2.1 Aplicaciones digitales, de la fábrica a la aplicación virtual**

Atrás parece quedar ese imaginario del trabajo en la fábrica, hoy en día pasan a segundo plano, o incluso tercero, las enormes fábricas repletas de obreros trabajando incansablemente durante largas jornadas, ya las chimeneas no exhalan el humo del fuego de las calderas que se avivaba con el sudor del obrero, ya la jornada laboral no parece ser ese verdugo con forma de circunferencia que observaba atento colgado en la pared y que marcaba el ritmo del trabajo al compás de los más eternos segundos, incluso la reciente idea de un oficio de ocho horas diarias en una oficina, vestido de manera apropiada para la ocasión, tal como lo establecieron las directrices del lugar, ya no parece ser la expectativa de muchos de quienes ingresan al mercado laboral, ni tampoco la intención de las empresas que ven en aquellas formas tradicionales unos costos de transacción más altos; ahora, el trabajo parece haberse vuelto un concepto más abstracto, identificarlo se ha convertido en una

cuestión más precisa y detallada, la fábrica, como representación de ese lugar donde se presta el servicio, se ha desdibujado y los ladrillos que la edificaban se han convertido en píxeles, datos y algoritmos. Se ha trasladado la producción en serie de la fábrica hacia la plataforma digital, de la tangible oficina hacia la abstracta virtualidad, aquella a la cual se puede acceder desde cualquier parte, pero, en ese orden de ideas, pareciera que, en la mayoría de los casos, los derechos y garantías mínimas laborales de los trabajadores no hubieran sido objeto de ese mismo traslado, no porque las nuevas tecnologías nieguen los mismos, sino porque las empresas que operan a través de aplicaciones digitales, bajo el modelo de economía colaborativa, evitan llamarse a sí mismas empleadoras.

Se partirá, entonces, de una consigna que parece no tener algún tipo de contradicción en los tiempos actuales, esta es, que el trabajo se encuentra presenciando una transformación respecto a su noción histórica. Al respecto afirma Carnoy que “el trabajo ha pasado de la producción de bienes agrícolas o industriales a la producción de servicios cada vez más sofisticados. El principal componente de estos nuevos servicios es el conocimiento que aumenta la productividad, ajusta las necesidades específicas del cliente, y desarrolla nuevos productos” (2001, p. 172). En igual sentido, Todolí Signes considera que “las empresas están dando paso a una balcanización del mercado, donde las empresas no contratan trabajadores -excepto los más imprescindibles-, sino que su modelo de negocio consiste en poner en contacto el demandante del servicio con el proveedor de este. La novedad proviene en que el proveedor del servicio no será una empresa, como lo hubiera sido hasta ahora, sino que directamente será la persona individual que prestará el servicio” (2017, p.19), aunque tal persona que presta el servicio, en su mayoría, necesariamente hace parte de una empresa.

La forma de operar de las aplicaciones digitales de economía colaborativa es mediante la conexión de oferta y demanda de un servicio, es decir, permiten la interacción entre las personas que requieren un servicio y aquellas que tienen la capacidad de prestar el mismo, con el fin de satisfacer dicha necesidad del usuario (Todolí Signes, 2017, p.20). El éxito de tales aplicaciones no sólo radica en lo productivo que resulta para la empresa, sino que también “su triunfo pasa por aprovechar una legislación menos protectora de los autónomos y una libertad de fijación de precios -subasta a la baja- que no existe cuando se está en el campo de protección laboral.” (Todolí Signes, 2017, p.20), pero, además, un escenario de flexibilidad laboral que facilita la entrada de este tipo de empresas bajo las banderas de la flexibilidad y autonomía del prestador del servicio, una ambigüedad

normativa que no abarca el trabajo a través de aplicaciones digitales y unos conceptos tradicionales de trabajo que no cambian, a pesar de que el trabajo mismo sí se encuentra en constante cambio.

En ese desarrollo tecnológico mencionado, recientemente han surgido diferentes aplicaciones como: a) Airbnb: ofrece servicios de alojamiento en casas, apartamentos o habitaciones; b) Blablacar: ofrece servicios para compartir carro; c) Uber: ofrece servicios de transporte particular urbano, a manera de taxis; d) UberEats: ofrece servicios de entrega de comida a domicilio; e) Cabify: similar a Uber, ofrece servicio de transporte particular urbano; f) Handy: ofrece servicios de reparaciones; g) Rappi: similar a UberEats, ofrece servicio de entrega de comida a domicilio, pero además ofrece servicios de mensajería, pago de facturas, etc.; h) Deliveroo: similar a UberEats, ofrece servicios de entrega de comida a domicilio; entre otras. La tarea de enumerar y explicar aplicaciones que operan bajo el modelo de economía colaborativa podría ser un poco dispendiosa, teniendo en cuenta que constantemente están surgiendo nuevas aplicaciones. Las mencionadas anteriormente, y otras tantas que ocupan actualmente el mercado, se caracterizan también por ser objeto de diversos debates en diferentes ámbitos jurídicos tales como los civiles y comerciales, en mayor medida, por cuestiones relacionadas con la competencia desleal o la legalidad de las prestaciones; empero, el debate desde la perspectiva del derecho laboral ha sido un poco escaso, debido a que la mayoría de las aplicaciones se amparan bajo la figura de la economía colaborativa, la cual se basa en “prestar, alquilar, comprar o vender productos en función de necesidades específicas y no tanto en beneficios económicos” (EAE Business School, 2017) y, en ella, “los tradicionales elementos configuradores de la relación laboral se han visto desdibujados y llevados a zonas límite creando así una amplia inseguridad jurídica para sus operadores” (Poquet Catalá, 2018). Por tanto, afirman que no emplean gente, sino que sirven como intermediarias entre la oferta y la demanda, en el caso de Uber, del transporte de pasajeros.

En la presente investigación se aborda la economía colaborativa y se toma como referencia la aplicación Uber, toda vez que ella representa el epitome de lo que es la economía colaborativa, además su expansión y éxito han sido tan significativos que resulta un referente dentro del modelo de economía mencionado y, por su misma importancia, el estudio de tal aplicación podría ser extrapolable a aquellas aplicaciones que en el futuro sean implementadas con un modelo similar al de Uber, como ya sucede en Colombia con Rappi, la cual tiene una forma de operar parecida a la

primera, lo cual resulta lógico, pues si un modelo funciona no habría porqué pensar que no se van a presentar en el mercado más negocios que operen de manera similar. En virtud de ello,

la atención se concentra en aquellas actividades económicas que se desarrollan por medio de las plataformas informáticas que actúan en internet y, por ello, desde el punto de vista laboral la atención se centra en los trabajos que se ejecutan por contrataciones realizadas por medio de tales plataformas. Indiscutiblemente ello constituye el fenómeno más llamativo, el que ha desencadenado mayores debates en la doctrina económica y laboral, al extremo de llegar a acuñarse el término “uberización” de la economía por referencia a la empresa más emblemática en el sector de las empresas digitales. (Cruz Villalón, 2017, p. 17)

Uber es una aplicación que permite al usuario acceder a servicios de transporte, a la manera de un taxi, pero prestado por conductores que manejan vehículos particulares, generalmente, de su propiedad, opera bajo el modelo llamado economía colaborativa. Su éxito y la manera en que desarrolla su actividad ha llamado la atención de la sociedad y está planteando el debate de la forma en que se está transformando la prestación de servicios y la cuestión acerca de si es dicho modelo el futuro definitivo del derecho del trabajo. Y es que ese proceso de Uberización de la economía, del que habla Cruz Villalón, indiscutiblemente permitirá la aparición de más aplicaciones que operarán bajo el mismo modelo, en ese sentido, del estudio del caso Uber se podrán sentar pautas que permitan entender aplicaciones similares que se encuentren operando actualmente en el mercado colombiano o que se creen con posterioridad, teniendo en cuenta que lo que se ciñe en el panorama, ante la evidente transformación de las relaciones, no es más que un arma de doble filo, la cual puede conducir al desarrollo de la economía y a la generación de empleo en un país fuertemente afectado por las tasas de desocupación, pero, si se sigue andando por los caminos de la ambigüedad normativa, también puede representar un costo social alto para el país, traducido en una afectación a las garantías y derechos laborales mínimos de los trabajadores y la precarización de éstos. Es importante resaltar que el fenómeno que se está presentando actualmente con la incursión de la economía colaborativa, a través de aplicaciones digitales, es una cuestión que probablemente modificará el panorama laboral colombiano en los próximos años, en atención a ello, se ha afirmado que “una empresa tradicional no va a poder competir con una empresa que provee todos sus servicios mediante autónomos, dado que la legislación impone un salario mínimo para los primeros, pero no existe retribución mínima alguna para los autónomos” (Harris S. y Krueger A., 2015 Citados en: Todolí Signes, 2017, p.20).

### 1.2.2 ¿Qué es economía colaborativa?

Las plataformas digitales o aplicaciones móviles que dan origen al desarrollo del debate que aquí se presenta operan bajo un modelo de economía colaborativa (*sharing economy*), esto es, para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el "intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes" (Tourinho, 2015). Se observa entonces, una modificación del mercado cuyo enfoque ya no es la adquisición de la propiedad o la transformación de materias primas, sino el uso momentáneo de bienes que no se tienen y que otros individuos pueden ofrecer en un momento determinado, o la prestación de determinado servicio; un escenario variable en el que confluyen la demanda y la oferta. Y allí es donde la economía colaborativa, a través de las aplicaciones digitales, juega su papel más importante, en el instante en que hay una necesidad de determinado bien o servicio aparece en la plataforma alguien que puede suplirla de manera instantánea, toda vez que la misma dinámica de la aplicación facilita el proceso y lo lleva al alcance de una mayor población. En dicho sentido, ahora "el intercambio de bienes y servicios se produce ya no entre profesionales, como veníamos acostumbrados, sino a través de particulares y sin que dicho intercambio implique una actividad profesional remunerada por parte del oferente, aunque sí pueda existir un intercambio económico en razón de gastos compartidos o de pequeña compensación por la prestación de un servicio" (Tourinho, 2015).

Otras acepciones sobre economía colaborativa abarcan cuatro aspectos que desarrolla el mencionado modelo, a saber: Conocimiento abierto, consumo colaborativo, finanzas compartidas y producción colaborativa (Tourinho, 2015). Teniendo en cuenta el papel vital que ejerce la construcción de inmensas bases de datos que se van gestionando "de forma colectiva e interactiva y que se pueden compartir y actualizar en tiempo real por los usuarios, gracias a la velocidad de la comunicación de internet, y a los sistemas de almacenaje y gestión de datos" (Alegre, 2014), se podría afirmar que el crecimiento de las aplicaciones digitales es tan veloz como el intercambio de información en línea. Lo anterior, remarcando la fuerza con la que empieza a desarrollarse la llamada cuarta revolución industrial y bajo la aplicación de modelos web 2.0, en donde son los usuarios los que construyen la información y dan contenido a los portales, lo cual da mayor grado de credibilidad a los usuarios que están próximos a tomar un servicio.

Para Adrián Todolí Signes, la economía colaborativa “está formada por aquellas empresas que buscan explotar bienes personales infrautilizados -una habitación, un coche, una cocina, salas de reuniones- convirtiendo a los propietarios en microemprendedores. (...) De esta forma, en las empresas de economía colaborativa, los individuos ofrecen compartir sus bienes personales a potenciales consumidores a través de las plataformas virtuales” (2017, p. 80), igualmente considera el autor que dicho modelo de economía tiene dos aristas, por un lado las plataformas dedicadas a la venta o alquiler de bienes; la segunda, las plataformas dedicadas a la provisión de servicios (Todolí Signes, 2017, p. 13). La primera busca explotar bienes infrautilizados tales como el auto, un apartamento, una habitación, etc. y por lo tanto la prestación del servicio resulta ser algo accesorio (Todolí Signes, 2017, p. 15), en tal concepción podríamos encontrar aplicaciones como Airbnb; en cuanto a la segunda, hace falta resaltar que como elemento fundamental dentro de la economía colaborativa se tiene el tiempo infrautilizado, según ello, el tiempo infrautilizado es realmente tiempo libre que la persona elige ofrecer en el mercado, por lo que al hablar de prestación de servicios no habría una colaboración entre particulares como tal, sino que se está ofreciendo el tiempo a cambio de dinero. Es por ello, que para referirse a la prestación de servicios, el autor hace alusión a la *on-demand economy* o *gig economy* (Todolí Signes, 2017, p. 15) como nociones más exactas que la de economía colaborativa para referirse a estas actividades.

### 1.2.3 Tipos de economía colaborativa

Es preciso afirmar que de lo que se ha hecho referencia hasta el momento, como economía colaborativa, obedece en realidad a la llamada *on-demand economy* o “economía bajo demanda”, la cual “hace referencia a un modelo de negocio donde las nuevas tecnologías en internet permiten que las plataformas virtuales dispongan de grandes grupos de prestadores de servicio, los cuales están a la espera de que un consumidor solicite un servicio” (Todolí Signes, 2017, pp. 20-21). Al respecto, también se ha tratado de usar el término *Peer to peer economy* o “economía de igual a igual”, para hacer referencia al mencionado modelo de negocio, con relación a ello, dicho concepto coincide con el anterior, pues “se centra en la desaparición de la empresa como tal, entendiendo que el consumidor acude directamente al prestador del servicio, estando ambos en igualdad de condiciones. Sin embargo (...) este término puede ser engañoso, ya que parte de la idea de que existe una idéntica posición entre el prestador del servicio y el que lo solicita y paga” (Todolí Signes, 2017, p.21). Para tratar de materializar una definición un poco más práctica de lo que en realidad es el fenómeno mencionado, Todolí Signes considera que “prestación de servicios a través de plataformas virtuales sería un término mucho más descriptivo, y neutro” (2017, p.21), no obstante, se seguirá haciendo

alusión a la economía colaborativa, pues es la forma más generalizada del término, teniendo en cuenta que dentro de ella, el tipo de modelo que interesa es el del *crowdsourcing* específico.

Así las cosas, la reseña a la economía colaborativa realizada en el presente, busca usar un concepto más familiar y conocido en el ámbito, que guarde esa generalización conceptual que se ha hecho alrededor del modelo de negocio (más conocido como economía colaborativa, que como *on-demand economy*). En virtud de lo anterior, se tratará de explicar cada uno de los tipos de modelo que se desarrollan al amparo de lo que se ha llamado economía colaborativa, así lo entiende Todolí Signes quien afirma que: “este nuevo modelo de negocio de intermediación en el mercado, aunque se ha intentado simplificar por la doctrina económica en un solo concepto – economía colaborativa – la verdad es que este término esconde una gran diversidad de realidades” (2017, p. 79). En ese sentido, el autor menciona tres clases de negocio distintos, a saber: a) Marketplace; b) economía colaborativa; y c) Crowdsourcing. (Todolí Signes, 2017, p. 79).

Tomando como referencia la diferenciación realizada por Adrián Todolí, el siguiente cuadro tratará de explicar tales tipos de modelo de negocio:

**Tabla 2-1:** Tipos de economía colaborativa

Tipo de negocio	¿Qué es?	Ejemplos
Marketplace	- Es un modelo que permite la venta de productos a través de internet, puede ser por medio de una web propia o a través de una web de un tercero. (Todolí Signes, 2017, pp. 79-80)	- Amazon - Ebay - Mercado Libre - OLX
Economía colaborativa	- Permite que las empresas exploten bienes personales infrautilizados, tales como una habitación, un auto, una sala de reuniones, etc. Por medio de ésta, las personas comparten sus bienes a potenciales consumidores. - No significa una venta, sino un alquiler de bienes. La prestación de servicio resulta una cuestión accesoria y no principal. (Todolí Signes, 2017, pp. 80-81)	- Airbnb. - Blablacar

Crowdsourcing	<p>“consiste en tomar una prestación de servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o de convocatoria” Howe, J., 2006. Citado en: Todolí Signes, 2017, p.81)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se pueden identificar tres elementos: el solicitante o el usuario, el trabajador que presta el servicio y la plataforma digital.</li> <li>- Se puede usar para cualquier tipo de servicio (Todolí Signes, 2017, pp. 81-82)</li> <li>- Existe <i>crowdsourcing</i> genérico, en el cual se puede solicitar cualquier tipo de servicios y <i>crowdsourcing</i> específico, en el cual sólo se oferta un servicio como tal. (Todolí Signes, 2017, p. 23)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- UberEats</li> <li>- Rappi</li> <li>- <b>Uber</b></li> </ul>
---------------	---	--

Resulta importante la diferencia entre *crowdwork* o *crowdsourcing* y economía colaborativa, pues en ambos parecieran encontrarse elementos similares, no obstante “en el primero la prestación de servicios es el elemento central del negocio jurídico mientras que en el segundo es el bien. (...) cuando el negocio jurídico es una prestación de servicios retribuida el principal problema clasificatorio será entre si el trabajador es un trabajador laboral o un autónomo”. (Todolí Signes, 2017, p. 82). De lo anterior, se advierte que Uber opera mediante el modelo de economía bajo demanda (o economía colaborativa, según la generalización conceptual de la que ya se habló) y, más exactamente, se enmarca en el modelo de *crowdsourcing* específico pues su esencia es la prestación del servicio de transporte, el cual es el elemento central del negocio. Es por ello que el caso Uber resulta interesante no sólo bajo la óptica del derecho comercial o de la competencia, sino también bajo la mirada del derecho laboral, pues en el fondo la esencia del modelo de negocio de Uber es la prestación retribuida del servicio de transporte que se desplaza entre las fronteras imperceptibles que producen la falta de regulación en materia laboral, el contexto de políticas de flexibilidad laboral y la autodenominación que se da a sí misma la empresa como intermediaria y no empleadora.

#### 1.2.4 Uber en el mundo

En la mayoría de países alrededor del mundo el debate en torno a Uber radica en la aparente competencia desleal, en virtud a que la plataforma opera sin pagar impuestos y en razón a los bajos costos operativos que le permiten ser competitivos en el mercado, toda vez que se evade el pago de licencias o trámites administrativos para operar; en la ilegalidad de la prestación del servicio de transporte, que se evidencia en países como España, en donde es necesario adquirir una licencia para poder transportar pasajeros, requisito sin el cual la prestación de dicho servicio es prohibido; y en algunos pequeños casos donde se cuestionan respecto a la laboralidad del vínculo entre la empresa

y sus conductores. A continuación, se hará un breve repaso de algunas de las particularidades de Uber en diferentes países, que servirán como panorama de la situación actual de la aplicación.

En 2014, un tribunal en Frankfurt afirmó que Uber no posee los permisos legales necesarios para operar, por lo cual se le informó que no podía seguir transportando pasajeros (BBC, 2014).

En Reino Unido, Uber llama a sus conductores: *partners*, en virtud de ello no reconoce relaciones laborales, empero “los sindicatos británicos demandan la aplicación del salario mínimo, el derecho a vacaciones anuales, los derechos de seguridad y salud laboral y las acciones de recurso ante posibles acciones disciplinarias de Uber contra los conductores” (De la Torre, 2016), evidenciando con ello, una conciencia de la población de la necesidad de regular la actividad desde la óptica laboral. Así mismo, en octubre de 2016, la justicia británica dictaminó que “los conductores de Uber no son autónomos sino empleados suyos y, por tanto, tienen el derecho a recibir el salario mínimo y días festivos y descansos vacacionales retribuidos” (Yárnoz, 2016). Si bien dicha decisión se encuentra recurrida, el reconocimiento realizado resulta ser un paso importante en la identificación de la verdadera naturaleza laboral de la aplicación.

En España la aplicación llegó a Barcelona en 2014 y el inconformismo de los taxistas, como ha sido costumbre, no se hizo esperar, el sector de taxistas reclamaba que la plataforma operaba sin el lleno de requisitos para transportar pasajeros urbanos, como lo es la adquisición de costosas licencias que se tienen que adquirir para operar en dicha actividad,

En este contexto de tensión, a finales de 2014, una sentencia de un tribunal de Madrid obligó a la compañía a cerrar en toda España. El tribunal dictaminó que todas las actividades de Uber debían ser terminadas y prohibidas en todo el país como medida de precaución, debido a una denuncia de la asociación de taxistas. Después de esto, un juez de Barcelona solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que determinara si las actividades de dicho servicio constituyen una competencia desleal contra los taxistas.(Che, 2015)

Empero, el Juzgado de lo Mercantil N° 3 remitió a la Unión Europea la cuestión sobre la legalidad o no de la prohibición del servicio, paralelo a ello el Juzgado Mercantil N° 2 ordenó la suspensión de UberPop en virtud de unas medidas cautelares. Debido a lo anterior, Uber modificó su servicio de UberPop y lo sustituyó por UberX, el cual sí le exigía al conductor adquirir una licencia para prestar el servicio de transporte (Che, 2015). En junio de 2016, la Comisión Europea (CE) dictó unas directrices en torno a la discusión que permiten entender una plataforma digital, no solo en el ámbito tecnológico, sino como un proveedor de servicios:

1. La plataforma fija el precio de manera obligatoria.
2. La plataforma fija otras condiciones contractuales clave, tales como instrucciones obligatorias sobre cómo el servicio debe efectuarse (incluida la obligación de prestar el servicio).
3. La plataforma posee los activos clave que se utilizan para proporcionar el servicio.

La conjunción de dichos elementos da a entender, según la CE, que la plataforma será un proveedor de servicios. No obstante, dicho organismo, utiliza regularmente en su explicación la expresión *case-by-case*, lo que abre la puerta a una interpretación del modelo de negocio de cada plataforma para no dar por hecho que aquellas que tengan una mayor implicación en su oferta y demanda tengan que estar automáticamente en esa categoría (Ferrer, 2016).

En Francia, la plataforma puede desconectar a cualquier conductor que rechace un servicio fundamentando la actuación en que no mantiene con ellos ningún vínculo contractual, además se ha planteado el debate que “Detrás de cada prestación low cost hay un trabajador low cost” (Yárnoz, 2016), haciendo alusión a la evolución de la aplicación y a la prestación del servicio de los conductores. En diciembre de 2016 los conductores de la aplicación bloquearon los accesos a los aeropuertos y entradas a París con el fin de exigir condiciones mínimas salariales y sociales (Yárnoz, 2016), lo que evidencia, nuevamente, ese sentir y esa necesidad latente de exigir unos derechos laborales que se encuentran siendo negados por la apariencia de la aplicación de ser, tan sólo, una “intermediaria”.

Por otra parte, Estados Unidos representa el 56 % de la cobertura de Uber en el mundo, esto es, 188 ciudades. Allí, en jurisdicciones como Chicago, Nevada, Nueva York, Portland, California, Seattle, Boston y Washington D.C. han logrado regular la operación de la plataforma (“¿Cómo está Uber en el mundo?”, 2017). No obstante, en Los Ángeles y en San Francisco se han presentado

demandas relacionadas con el control de antecedentes de los conductores, en Portland se han presentado acusaciones de operaciones ilegales y en Cambridge han ocurrido constantes protestas por parte de los taxistas en contra de la aplicación (Che, 2015).

En ese mismo país, el caso O'Connor vs. Uber se ha convertido en un referente importante en la relación de Uber respecto a sus conductores, pues a pesar de los argumentos esgrimidos por Uber de ser un mero intermediario y ser una empresa de tecnología, la sentencia se falló en el sentido que la plataforma no era sólo una empresa tecnológica, sino que era una empresa de transporte, en virtud de ello reconoció que le asistían derechos laborales a los conductores que prestaban servicios.

Como se ha visto, el debate en torno a Uber también abarca el ámbito laboral, acá se han mostrado algunos rasgos de dicha disputa en determinados países, si bien son pocas las regulaciones al respecto, las discusiones están enriqueciendo la cuestión laboral alrededor de Uber, lo que permite rescatar algunos elementos que se retomarán más adelante y que servirán para determinar esas vetas de laboralidad que se pueden percibir en la relación entre Uber y sus conductores. Por ahora, lo cierto es que es un fenómeno en crecimiento, Uber no sólo representa una empresa de transporte de pasajeros, sino que es el estandarte de la evolución de la economía colaborativa a través de aplicaciones digitales, por tanto, el estudio sobre Uber es el estudio sobre el futuro de las plataformas virtuales, el futuro de nuevos modelos de economía y el futuro de las relaciones laborales, por lo que la cuestión laboral de quienes operan para ellas deberá ser un punto importante a considerar, pues

Como podemos apreciar, en estos modelos, desde el punto de vista del Derecho Laboral, hay una aparente inexistencia de relaciones subordinadas de trabajo, en virtud de la independencia en la prestación de servicios. Pero, ello no implica que desde el punto de vista jurídico-laboral podamos plantearnos cuestiones tales como el posible surgimiento de derechos y obligaciones laborales entre los usuarios, o entre los usuarios y la empresa intermediaria, o si se podría entender que realmente lo que existe es una relación laboral encubierta. Ello sin dudas puede implicar la desprotección del trabajador y la existencia de riesgos en cuanto a la protección de sus derechos. Cabe cuestionarse en este punto, cuál debe ser el enfoque desde el punto de vista del Derecho Laboral, ello en virtud de que no hablamos de relaciones de trabajo en el sentido tradicional que son reguladas por esta rama del Derecho. (Baladán y Hernández Varela, 2016, p. 152)

El uso de tecnologías permite entonces que se creen redes inmensas que responden a la misma velocidad con la que crece Internet. En ese sentido, se puede apreciar cómo las aplicaciones digitales están llevando prácticamente las relaciones humanas del terreno de lo físico al terreno de lo digital, entre esas relaciones, podemos encontrar las relaciones laborales, si bien existe una negación de las mismas por parte de las empresas que operan en dichas plataformas, lo cierto es que el cambio de paradigma está aconteciendo, ese traslado de las relaciones humanas de lo físico a lo virtual abarca incluso la cuestión laboral y es un hecho que quienes ofrecen servicios de transporte de pasajeros, para el caso de Uber; o de reparaciones, como Handy; o quienes llevan domicilios, como Rappi, entre muchos otros, encarnan el espectro laboral desde la perspectiva de lo digital. Como se mencionó, ya las titánicas fábricas se encuentran paralizadas, los motores ya no rugen y son las aplicaciones digitales las que están transformando el trabajo. En esa lógica Uber se ha convertido en ese símbolo de los nuevos cambios y las nuevas dinámicas fuera de la fábrica y el hecho que la empresa se llame a sí misma intermediaria entre los oferentes y los demandantes del servicio de transporte supone una afrenta a los derechos laborales y las garantías mínimas de protección que poseen aquellos que conducen para Uber, más allá de tratarse de una prestación de servicios, se puede estar hablando de una relación laboral encubierta en aquellas fantásticas máscaras que ofrece la tecnología y en aquellas promesas maravillosas que permite ofrecer la flexibilidad laboral, con relación a la libertad y autonomía para prestar el servicio a través de la plataforma.

### **1.3 El ascenso de aplicaciones digitales de economía colaborativa en el ámbito laboral**

Los actuales tiempos enfrentan una situación que plantea una ruptura de esquemas. Las dinámicas de la sociedad están cambiando y se podría decir que el presente de la humanidad es testigo de una nueva revolución, la tecnológica o digital: “caracterizada por la robótica, la telemática y las autopistas de la comunicación; la era de la cibercultura que surge y se consolida con base en el concepto de sociedad de la información, ligada al desarrollo de la tecnología en comunicaciones” (Pérez García, 2016, p.2). Para Cruz Villalón, la actual revolución tecnológica se expande a lo largo del globo influyendo en las economías, los sectores productivos, en las diferentes clases de prestación de servicios, en los distintos trabajos, en cualquier régimen jurídico laboral, etc. (2017, p. 16).

Por su parte José Carlos Lozada (s.f.) considera que, la actual, es una sociedad de la información, definida como aquella “donde ocupan un lugar importante la televisión digital, Internet, el teletrabajo, la teledocumentación las redes, autopistas electrónicas, la comprensión y nuevas formas de trabajar y prestar servicios; una sociedad diferente a la tradicional.” (Citado en: Pérez García, 2016, p.2). Dicha sociedad permite el uso de tecnologías con una producción flexible, versátil y efectiva, con formas de gestión trabajo y medios de control del trabajo novedosas, como consecuencia de ello el tradicional sistema de producción en serie, ha pasado a un segundo plano y con él la rigidez del trabajo (Pérez García, 2016, pp. 8-9), en virtud de lo anterior, la flexibilidad ha ocupado el lugar que antes ocupaba aquella estricta normatividad laboral. En el contexto expuesto, y como se observó anteriormente, la flexibilidad laboral, en principio, es una herramienta para el crecimiento económico por medio del aumento de la productividad de las empresas, pero, además, representa una zona fértil que permite el crecimiento de la economía colaborativa y su consolidación como modelo de negocio, sobre todo a través de aplicaciones digitales del tipo *crowdsourcing*, tales como Uber.

### **1.3.1 Flexibilidad laboral y Uber, un cóctel perfecto**

Para Thomas Malthus los recursos crecen de manera aritmética y la población de manera geométrica (Malthus, Huxley, y Frederick, 1962); en los tiempos actuales, mientras la tecnología está creciendo a proporciones astronómicas, el derecho lo hace a proporciones microscópicas. Lo anterior, para significar que las nuevas tecnologías están generando un sinnúmero de debates en todas las áreas del derecho que, en otrora, eran escasamente imaginables y, ante ellos, la respuesta del ordenamiento jurídico en Colombia ha sido insuficiente.

El principal atractivo de Uber, para los conductores, es hacer dinero en el tiempo libre, sin oficina y sin jefes, teniendo la posibilidad de elegir cuándo conducir, dónde y hacia dónde, en los horarios que cada quien decida (Uber Technologies INC, 2017). Igualmente, al conductor se le ofrece una aparente autonomía e independencia en la ejecución de su labor de transporte, pero dicha autonomía e independencia no existe y esa flexibilidad horaria y de ejecución de la labor, no es más que una forma mutada de flexibilidad laboral reducida a sus más mínimas expresiones. La economía colaborativa, en cabeza de Uber como representante del *crowdsourcing*, se vuelve un actor importante dentro de la flexibilización laboral y, como si se tratase de una empresa que busca reducir al máximo sus costos de operación, funciona flexibilizando algunos aspectos de la relación laboral,

llevándolos casi a los límites de la desaparición, ejemplo de ello es la flexibilización del horario del trabajo, la cual se traduce en el hecho que un conductor trabaje sólo media hora al día o, incluso, que lo haga durante trece horas, sin que haya algún tipo de pronunciamientos sobre tal situación.

Así las cosas, aquella consigna de ser meros intermediarios, es decir, un puente entre el conductor y el usuario le permite ofrecer flexibilidad laboral disfrazada de simple flexibilidad y como consecuencia de ello se niegan los derechos laborales de los conductores, en ese sentido, la flexibilidad laboral sufre un proceso de reducción y precarización, teniendo en cuenta, además, que el hecho de evitar los costos sociales y prestacionales que significa el reconocimiento de la laboralidad de las relaciones con sus conductores permite un mayor margen de productividad, convirtiendo tal forma de operar en un modelo de negocio exitoso y con bastante proyección. Por lo cual, la economía colaborativa, como forma de negocio representada en Uber, se anida en el hábitat de flexibilidad, el cual resulta idóneo para sus intereses comerciales. A su vez, la forma de operar de la aplicación permite generar productividad y una apariencia de creación de empleo accesible a las personas, de suerte que tales resultados permiten abanderar la flexibilidad laboral como una opción viable para la situación de desempleo del país, como si flexibilidad laboral y economía colaborativa se alimentasen una a otra o como si cada una fomentara el desarrollo de la otra.

No obstante, a pesar de dicha simbiosis impulsadora de empleo y desarrollo, hay que advertir que la forma en que Uber convoca a sus conductores bajo la idea de libertad y autonomía podría desentrañar otras realidades. Para Leonardo Schvarstein, la ganancia máxima y el trabajo mínimo es para Uber y no al revés como se pretende mostrar, el autor afirma que los conductores son quienes cargan con los riesgos del negocio, además del pago de impuestos, seguros, etc., representando una vulneración en los derechos del prestador del servicio (2015). Bajo la anterior consideración, no se debe caer en la promesa de flexibilidad horaria y mayor libertad en la prestación del servicio para elogiar la forma de operación de las aplicaciones digitales del tipo *crowdsourcing* específico, ni mucho menos deben ser aspectos para tener en cuenta para desvirtuar cualquier tipo de protección laboral,

Aunque indudablemente sea cierto que existe una mayor flexibilidad en la forma de ejecución del trabajo y un incremento de la libertad en la elección del horario y la jornada de trabajo, la doctrina mayoritaria sigue considerando que la posición del prestador de

servicios en estas nuevas empresas es de trabajador subordinado. Lo contrario vendría a significar que el Derecho del Trabajo dejaría de proteger al sujeto que pretendió proteger desde su nacimiento. La necesidad de interpretar el Derecho conforme a la realidad del momento en el que se debe aplicar, hace necesario encontrar diversas fórmulas que permitan seguir entendiendo que aquél que vive de su trabajo estará protegido por esta disciplina. (Todolí Signes, 2015)

El punto neurálgico de esa comunión entre las plataformas digitales y flexibilidad laboral se encuentra en el objeto de la relación, la cual no se enfoca ya en la transformación de los medios de producción sino en los servicios. Ya lo advertía, Dominique Méda (1998) al afirmar que pronto se estaría viviendo en una sociedad de servicios donde habría una reserva interminable de necesidades y, por ende, de empleo,

¿qué es una sociedad de servicios? Es una sociedad en la que gran parte de la actividad adopta la forma de un servicio y ya no la de la transformación de la materia; una sociedad en la que la actividad no está necesariamente vinculada con la noción de producción o con la de esfuerzo. En semejante sociedad la diferencia entre trabajo y no trabajo se desdibuja: todo viene a ser trabajo, pero no ese trabajo aburrido, material y medible; ahora el trabajo es interesante, incluso propicio al autodesarrollo personal, o quizás una actividad asimilable a cualquier otra. (pp. 236-237)

En esa sociedad de servicios, cuya llave de entrada ha sido la tecnología, se debe entender que la flexibilidad que arguye Uber no es más que ese trabajo desdibujado del que habla Méda, es una especie de flexibilidad laboral desdibujada y que la forma en que dicha empresa la presenta supone una precarización del concepto, pues éste se está alejando hacia un escenario ajeno al ámbito laboral, de esta manera Uber hace gala de una práctica de transformación como la que pudieron haber realizado los alquimistas para convertir los elementos en oro, en este caso, se convierte la flexibilidad laboral en una falsa flexibilidad y, en ella, casualmente, encuentra oro, pues en virtud de dichas apariencias evita los costos prestacionales y laborales que le genera una relación laboral, se consolida en el mercado y aumenta su productividad al no estar limitada por ningún tipo de condiciones mínimas de trabajo.

El avance de las tecnologías avanza a pasos vertiginosos, de esa manera se está *ad-portas* de una nueva era en la que confluyen la conectividad, el aumento de la capacidad de la computación y la economía en un punto en común de productividad, competitividad y ajuste a la demanda (Jiménez, 2016, p. 278). Como consecuencia de ello, y en relación con la fórmula *flexibilidad laboral-economía colaborativa*, afirma Jiménez que “La digitalización, junto a la aparición de la economía colaborativa y la globalización, ha tenido y tendrá en el futuro un impacto importante en la organización del trabajo y en el empleo, por lo que merece una mayor atención y gestión política”. (2016, p. 278)

Bajo la premisa de flexibilizar los horarios se encuentra una promesa de tener tiempo libre y vida familiar, es decir, se asimila flexibilización a la disminución del tiempo de trabajo y con ello a ganar más disponibilidad para la vida familiar y el tiempo libre; pero también se utiliza la flexibilización para justificar la reducción de derechos de los trabajadores, tales como mínimos salariales, estabilidad en el trabajo y límites a la duración de la jornada de trabajo, en el entendido que es necesario reducir costos laborales para incentivar la utilización empresarial de mano de obra (López F., 2002, p.1). En ese entendido, las aplicaciones digitales que operan bajo el modelo de *crowdsourcing* específico se basan en ofrecer esas aparentes libertades para justificar en primera medida que no son empleadoras; por su parte, las personas, ven en ellas una opción para generar ingresos, sin ser conscientes de tal apariencia y de lo que se oculta detrás. Para reafirmar lo anterior, se observa que Américo Plá Rodríguez (1993) manifestaba que “la flexibilización se ha apoyado en la simpatía de la palabra flexible frente a la antipatía de las palabras de signo opuesto” (Citado en: De los Heros Pérez-Albela, 2016, p. 406). Tal como lo afirmó el maestro Plá Rodríguez, es esa simpatía, precisamente, la que permite que la flexibilidad ofrecida por Uber tenga una mayor acogida, por la población, de la que se pudiera tener una vez se ha trascendido al análisis de las condiciones laborales de la plataforma. Ahora, dicha simpatía hacia la palabra flexible trae consigo el hecho que “cuando se trata de considerar trabajador a quien goza de flexibilidad, encontramos una resistencia considerable” (Sánchez Ocaña, 2018), lo anterior permite entender esa reticencia existente en la actualidad a llamar trabajadores a los conductores de Uber, pues el principal argumento en contra de tal afirmación es, precisamente, el amplio grado de flexibilidad del que gozan.

Así como las políticas de flexibilidad laboral han permitido la generación de innumerables formas de tercerización, de igual manera, están permitiendo que se consolide una nueva forma de descentralización de servicios, a través de las aplicaciones digitales de economía colaborativa, en particular, de *crowdsourcing*, como si se tratase de un nuevo disfraz para burlar el ámbito de protección del derecho del trabajo, tal como ha sucedido con formas como el contrato de prestación de servicios, sin que signifique que dichas formas son creadas únicamente con fines de burlar el ámbito laboral, sino que el uso que se le da, en algunos casos, está dirigido a ello. En ese sentido, afirma Sanguineti Raymond que “la aplicación de las modernas tecnologías -especialmente de la información y las comunicaciones- a los procesos productivos está permitiendo el surgimiento de modalidades “descentralizadas” de trabajo, que no participan de las características típicas que hasta el momento han venido acompañando a la prestación de servicios en régimen de dependencia (desarrollo de la labor en el centro de trabajo, con sometimiento a un horario y a la vigilancia y control constantes del empresario).” (1996, p. 2)

### **1.3.2 Economía colaborativa, a través de aplicaciones digitales, la alternativa moderna para escapar del derecho laboral**

Como ya se advirtió anteriormente, la flexibilidad laboral permite la generación de novedosas formas de contratación, entre ellas se pueden encontrar formas cuya regulación apenas se está consolidando, tales como el trabajo a domicilio o el teletrabajo, u otras formas que se caracterizan por encontrarse en los límites del derecho del trabajo. Tal es el caso del contrato de prestación de servicios, así como también de los llamados contratos afines, los cuales “tienen en común su relación de vinculación —proximidad, similitud, afinidad, en fin— con el contrato de trabajo” (Goldin, 2011, p. 2) en virtud de lo cual, su uso se torna delicado pues dependiendo del mismo se podría estar dentro de las fronteras del derecho del trabajo o no. Bajo tal lógica la prestación de servicios, a través de plataformas digitales de economía colaborativa (*crowdsourcing*) parece que estuviera adoptando la forma de tales contratos afines, enmarcándose en una zona gris donde resulta difícil la determinación de la laboralidad de las relaciones que subyacen entre los prestadores y la aplicación. Para Rodríguez, L.F., contratos como el de prestación de servicios no son, *per se*, fraudulentos, simplemente han sido creados para responder a necesidades del mercado del trabajo y a condiciones que se ajustan a las nuevas dinámicas económicas, lamentablemente, en muchas ocasiones se utilizan para encubrir una relación laboral y por ende vulnerar los derechos de los trabajadores (2012, p. 151).

El encubrimiento de relaciones laborales ha sido una constante dentro de la dinámica empleador-trabajador y ha sido una práctica que se ha acentuado durante los últimos años, precisamente, impulsada por los presurosos tiempos actuales en los que la globalización y la economía son los guías de la sociedad. Dicho encubrimiento supone, entonces, “la superposición de una figura contractual de signo no laboral, por sobre la relación efectiva de trabajo, con el fin de esconder o mantener oculta esta última, eludiendo la aplicación del régimen tuitivo del Derecho del Trabajo” (Orellana, 2016, p. 72). El objetivo de lo anterior no es otro que alejar la relación laboral fuera de las fronteras del derecho del trabajo, disfrazarla con otra denominación y situarla en una zona que permita evitar los costos laborales y prestacionales que representa una verdadera relación regida bajo el derecho del trabajo. Es en ese sentido que cobra importancia la identificación de aquellos contratos afines de los que hace referencia Adrián Goldín, quien afirma que tal afinidad cobra importancia cuando resulta dudoso si determinada relación representa un contrato de trabajo u otro tipo de relación (2011, p. 2). Y es que vale la pena resaltar que

esas figuras afines mantienen fronteras no siempre nítidas con el contrato de trabajo, que plantean problemas de reconocimiento; son, entre otros, contratos como los de transporte, de ejecución de obra, agencia, de arrendamiento de servicios, mandato, sociedad (estos tres últimos, también afines en el primer sentido) que tienen rasgos perfectamente identificables pero que en la medida en que se difuminan sus notas esenciales y la prestación de trabajo involucrada se aproxima a las que son propias del trabajo remunerado dependiente y por cuenta ajena, generan problemas clasificatorios no siempre sencillos de resolver. (Goldin, 2011, p. 2)

Ahora bien, la utilización de tales contratos afines puede representar “vías alternativas al contrato de trabajo, concebidas como mecanismos de flexibilización y abaratamiento del trabajo humano, entre las que se incluyen los supuestos de deslaborización” (Goldin, 2011, p. 3), lo cual no significa que sean figuras concebidas para burlar el ámbito de protección del derecho del trabajo, sino que su utilización inadecuada permite escapar de esas fronteras y en consecuencia, resultan ser atractivas para los empleadores quienes ven en ellas una eficaz forma de reducir sus costos de operación. Lo anterior, evidencia un fenómeno de deslaborización de las relaciones, que representa una cuestión importante para abordar en la actualidad, si se tiene en cuenta la existencia de numerosas figuras contractuales mediante las cuales se puede vincular a los trabajadores y que la necesidad del empresario es abaratar los costos para ser más productivo, así pues, dichas formas se

pueden convertir en un pasaporte para trascender las fronteras del derecho del trabajo. En igual sentido, podría decirse que la deslaborización del trabajo, presente a lo largo de la historia del derecho del trabajo, ha pasado a ser la excepción y se ha convertido en la regla de las relaciones (De los Heros Pérez-Albela, 2016, p. 405). Así, la deslaborización implica entonces:

tratar un contrato de trabajo dependiente como si no lo fuera, lo que o bien conlleva adjudicar una naturaleza “no laboral” a contratos que pudieron tenerla (tal como el contrato de transporte o el de aprendizaje) o bien sujetar unos ciertos vínculos a otros diseños cuya desvinculación con el intercambio laboral tradicional es pretendida; es el caso de contratos de pasantía o de otorgamiento de becas que, en tanto los límites entre los diversos sentidos (como ya se ha visto) no pueden ser tan nítidos, pueden ilustrar también otros sentidos. (Goldin, 2011, p. 3)

Dicho proceso de deslaborización parece ser la nota característica en las relaciones entre empresas de *crowdsourcing* específico y quienes trabajan para ellas, aunque aquellas novedosas empresas se llaman así mismas intermediarias, aún no se logra identificarlas dentro de algún tipo contractual, ni figura afín, ni siquiera comparten las características que tiene la intermediación laboral, pero sí se puede advertir que se comportan como contratos afines que resultan ser vías alternas para evadir el derecho del trabajo en razón al uso que se les da.

A continuación, se plasman algunos contratos afines y formas que la flexibilidad laboral ha permitido surgir, los cuales resultan problemáticos en la definición de la laboralidad de la relación subyacente, sobre todo cuando se brinda un uso inadecuado de los mismos: a) Arrendamiento de obra: No se pacta una actividad o servicio, sino un resultado u obra, la cual se debe ejecutar sin sometimiento a la dirección de quien la encarga, salvo por la instrucción de indicar que resultado se pretende. (Goldin, 2011, p. 4); b) Mandato: El mandato se dirige hacia la conclusión de actos jurídicos o la gestión de negocios jurídicos. Generalmente, el contrato de trabajo no supone la repercusión de los resultados de la prestación en la esfera jurídica del empleador, como si pudiese advertirse en el mandato (Goldin, 2011, p. 4); c) Contrato de transporte: El problema de las fronteras entre contrato de transporte y el contrato de trabajo se evidencia cuando el conductor, es propietario de su vehículo, pues convergen allí una prestación personal y una inversión cuya renta se persigue. (Goldin, 2011, p. 4), al respecto, vale mencionar que en el caso de Uber el conductor es el propietario

de su vehículo, por lo que la actividad que realiza para la plataforma no podría enmarcarse en dicha figura contractual; d) Agencia: Implica una actividad personal, pero independiente, del intermediario que concluye actos de comercio para terceros. A diferencia del contrato de trabajo acá existe independencia del agente, que puede organizar su actividad profesional de acuerdo con sus propios criterios (Goldin, 2011, p. 4), e) Agencia de colocación o agencia de empleo: Hace alusión al proceso de poner en contacto oferentes y demandantes de mano de obra, para que entre ellos se cristalice una relación de trabajo, si es el caso, sin que el intermediador adquiera ningún vínculo laboral, ni compromiso con el aspirante a un empleo que acude a un servicio de apoyo y de gestión para obtener trabajo (Pérez García, 2016, pp. 36-37), igualmente, vale la pena mencionar que “La Ley 50 de 1990 en sus artículos 95 y 96 se refirió a las agencias o bolsas de empleo expresando que la actividad de intermediación laboral siempre deberá ser gratuita para el trabajador y prestada solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social” (Pérez García y Aragón de Pérez, 1999, pp. 33-34); f) Empresa de servicio temporal: Las E.S.T, no son intermediarias, sino que tienen plena calidad de empleador. (Pérez García, 2016, p. xix), se ha considerado que su rápido crecimiento en Colombia obedece a las respuestas oportunas que ofrece frente a las exigencias de mano de obra flexible (Pérez García y Aragón de Pérez, 1999, pp. 26-27); g) Teletrabajo: Es aquel trabajo entendido como “predominantemente informático realizado fuera del establecimiento de la empresa, generalmente en el domicilio del trabajador, es a menudo presentado como una forma de prestación de servicios en la cual se desdibuja la subordinación” (Ermiada Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 282); e h) Intermediación laboral: Por una parte intermediario es quien media en el acto de contratación de personal, pero no lo hace para sí, y no percibe beneficios de los servicios que preste el trabajador que ha vinculado, no imparte órdenes ni instrucciones al mismo, no es receptor directo de los servicios del empleado y no es el responsable de la remuneración salarial correspondiente (Pérez García, 2016, pp. 33-34). Por otra parte, está el intermediario que “no adquiere vínculo laboral alguno, como sí sucede con los trabajadores que consigue para un tercero, con lo cual se formaliza la relación empleador-trabajador, en el caso del simple intermediario” (Pérez García, 2016, p.34). Ahora bien, con el Decreto 2025 de 2011 se introdujo un nuevo enfoque al término de intermediación laboral, para afirmar que tal actividad es exclusiva de las empresas de servicios temporales (Pérez García, 2016, p.37).

En efecto, si bien Uber se define a sí misma como una intermediaria, de los elementos expuestos se puede inferir que esto no es así; en cuanto a la primera modalidad Uber sí percibe

beneficios, esto es, la comisión que descuenta de cada tarifa de viaje; en cuanto a la segunda modalidad, no sería posible determinar que Uber intermedia entre el conductor y el usuario, de suerte que se genere una relación laboral entre éstos últimos, pues de entrada ya es impensable, toda vez que la continuidad no está para con el usuario, sino hacia la aplicación digital. Ahora, una vez observadas algunas figuras afines al contrato de trabajo se podría advertir que la prestación de servicios a través de aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico puede comportarse de igual manera, así las cosas, si bien el objetivo principal no es burlar el ámbito de aplicación del derecho laboral, su forma de operar sí está configurando relaciones laborales subyacentes, las cuales están permaneciendo ocultas bajo las premisas de autonomía y libertad. Las figuras mencionadas, entre otras más, encarnan vías alternas para la generación de empleo y así mismo resultan atractivas para la creación de empresa (Manrique, 2013, p.21) en el marco de políticas de flexibilidad laboral, pero igualmente, podrían significar un túnel por donde el empleador puede fugarse del ámbito de protección del derecho del trabajo, en ese sentido la prestación de servicios, a través de plataformas digitales, puede convertirse en la forma moderna de huir del derecho del trabajo, de la manera como también lo han sido los contratos afines mencionados. Dicha posibilidad de fuga se encuadra en lo que se considera como “huida del derecho del trabajo”, el cual implica, según Adrián Goldin, “la creciente vocación de los empleadores y hasta de los poderes públicos, de poner ciertos vínculos al margen de la legislación laboral. Lo que puede hacerse de modo legítimo, mediante la contratación de (verdadero) trabajo autónomo o mediante los ya descriptos ejercicios “oficiales” de “deslaborización”, o bien, con harta frecuencia, mediante la utilización simulada de los denominados “contratos afines” (2011, p. 4).

Por su parte, Ermida Uriarte y Hernández Álvarez afirman que la huida del derecho del trabajo se ha acentuado últimamente, amparándose bajo las necesidades tecnológicas, competitivas y organizativas del trabajo, pero teniendo como consecuencia el traslado del trabajador por fuera de las fronteras del derecho laboral. Para ello, han resultado medios eficaces, las diferentes modalidades de subcontratación, tercerización, externalización y descentralización (2016, p. 278), Además, adicionan que la mayoría de tales medios se enfocan en ocultar la subordinación, como elemento central de la relación laboral, brindando una apariencia de independencia (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 278), lo cual resultaría aplicable al caso particular que, como se ha mencionado, se ampara en la apariencia de independencia, libertad y autonomía que ofrece a los conductores para distraer cualquier intento de definición de relación laboral.

Del mismo modo, las aplicaciones digitales están empezando a ganar protagonismo en los nuevos escenarios del derecho laboral, justamente se advierte que dichas plataformas “pretenden eludir las mayores responsabilidades posibles, intentando huir a estos efectos no sólo de ser calificados como empleadores a efectos de la aplicación de la legislación laboral sino, incluso, a los efectos de huir de la condición de empresa cliente del presunto trabajador autónomo.” (Cruz Villalón, 2017, p. 39). En igual sentido, Sanguinetti Raymond considera que “la puesta en marcha de estas formas atípicas de empleo se inscribe en el marco de procesos de “descentralización productiva” y “exteriorización de la fuerza de trabajo”, a través de los cuales se persigue sustituir progresivamente el trabajo dependiente prestado de manera regular por vinculaciones “externas”” (1996, p. 2). Por lo tanto, aducir que son meros intermediarios en un espacio donde converge oferta y demanda, es un argumento que empieza a debilitarse y que tendrá que dejarse de lado, con el fin de empezar a analizar la operación del *crowdsourcing*, por medio de aplicaciones digitales, desde una perspectiva del derecho del trabajo. Sin duda, la flexibilidad laboral y la necesidad de reducir costos, como consecuencia de la globalización, aunado al posicionamiento de la economía colaborativa a través de las aplicaciones digitales, está modificando el escenario laboral, por lo que resulta necesario reafirmar la existencia, importancia y vigencia del derecho del trabajo (De los Heros Pérez-Albela, 2016, p. 400). Se está entrando pues, en una era en la que evasión del ámbito protector del derecho del trabajo parece ser la salida que han encontrado las empresas e incluso el Estado para evitar los costos que representan vincular trabajadores mediante contratos laborales, así como cualquier tipo de responsabilidad laboral asociada a la relación, como consecuencia, se está precarizando el nivel de protección y se está siendo testigo del posicionamiento de pseudo contratos de servicios personales, con pseudo empresas tercerizadas (De los Heros Pérez-Albela, 2016, p. 402).

En suma, estas formas alternativas al contrato de trabajo y aquellas formas que se usan para evadir el amparo del derecho del trabajo funcionan “en clave de flexibilidad laboral” (Goldin, 2011, p. 3) y es allí donde se determina el punto que se trata en el presente, pues la prestación de servicios, a través de plataformas digitales de economía colaborativa, del tipo Uber, representa una forma alternativa al contrato de trabajo en clave de flexibilidad laboral, la cual resulta fundamental para su consolidación en el mercado y su aceptación en la sociedad, dejando de lado las tensiones sociales que pudiera generar la omisión de la laboralidad de sus relaciones y su consecuente negación de derechos laborales. Con ello, la plataforma se limita a enfrentarse únicamente a las protestas de los

gremios con los cuales compite por la demanda del servicio, es decir, los taxistas, esto en razón a cuestiones de competencia desleal y operación sin el lleno de los requisitos; no obstante debido a la naturaleza de dicha discusión, la protesta no resulta tener mucho peso en el debate nacional ni acogida por los diversos sectores sociales, pues redundaría en una cuestión de competencia que se puede solucionar si los taxistas mejoran sus condiciones de servicio, de suerte que puedan competir con la aplicación. Sin embargo, si el debate fuera en torno a los derechos laborales de los conductores, éste podría abarcar una mayor porción de la sociedad, involucrando a diferentes sectores de ésta, que fácilmente se apropiarían de la lucha de los trabajadores y generarían mayor resistencia, pues de lo que se trata no es ya un asunto de competencia o de mercado, sino una cuestión social que afecta indiscutiblemente todo el conjunto de la sociedad, lo que genera mayor empatía.

La tendencia a la externalización, descentralización u outsourcing, así como también el *crowdsourcing* a través de aplicaciones digitales y la flexibilidad laboral “vienen tornando difusos los límites entre las categorías que debieran ser alcanzadas por el régimen de protección del trabajo y aquellas otras que no necesitan contar con más asistencia que la que les adjudica su poder de mercado.” (Goldin, 1999, p. 4). En efecto, es la flexibilidad laboral la clave para que las aplicaciones digitales, similares a Uber, puedan operar sin mayor resistencia, como sucede en el caso colombiano, usando una novedosa forma que se asimila a aquellas figuras con las que se elude el ámbito de protección del derecho del trabajo. Con el fin de precisar la necesidad de que se proteja a quienes prestan sus servicios en estas plataformas y en virtud de esa dinámica en la que todo parece escapar de las fronteras del derecho laboral, Cruz Villalón considera que “la única vía para conjurar los riesgos de una huida del Derecho del Trabajo sería la de establecer mecanismos de convergencia de costes económicos para las empresas entre trabajo autónomo y trabajo asalariado; si ello no se hace por la vía de la intervención legal, se producirá por la vía de los hechos en términos de inexorable degradación de los estándares laborales.” (Cruz Villalón, 2017, p. 44). En consecuencia, se hace necesario quitar el velo con el que las plataformas digitales se han estado cubriendo y desentrañar los elementos de laboralidad que se pueden percibir en la relación de la empresa con sus prestadores de servicio, pues la respuesta del ordenamiento jurídico colombiano aún no es suficiente pues sus pronunciamientos hasta ahora son significativamente tímidos, como se verá más adelante.

## 2. Principio de primacía de la realidad sobre las formas

Es realmente necesario procurar que las personas se encuentren protegidas en sus relaciones de trabajo, determinando vías para evitar el uso inadecuado de las formas simuladas de contratación o figuras alternativas que permiten el ocultamiento de las relaciones laborales y la huida del ámbito de protección del derecho laboral. Ésta ha sido la lucha con las formas civiles y mercantiles que permiten escapar del ámbito de protección del derecho del trabajo, en ese sentido, el Estado colombiano ha acogido la doctrina del trabajo decente y “ha venido dando unos pequeños pasos en buscar extender algunas protecciones a los contratistas de prestación de servicios que otrora eran solamente resorte de una relación laboral, cumpliendo de esta forma parcialmente con los objetivos de trabajo decente y atendiendo a la realidad manifiesta de la proliferación de esta modalidad de vinculación de carácter atípico” (Rivera Galvis, 2015, p. 85). Pero resulta urgente establecer las protecciones más allá del contrato de servicios, pues no es ésta la única forma en que se evaden las responsabilidades laborales, tal como ya se observó, de manera que puedan ampararse otras formas de contratación e incluso las nuevas formas de trabajo, en especial aquellas que se manifiestan dentro del modelo de *crowdsourcing* específico, a través de aplicaciones digitales, para que también sean objeto de los esfuerzos del Estado para aplicar los preceptos del trabajo decente y ampliar el ámbito de protección del derecho laboral a ellas.

En procura de esos objetivos de protección, el derecho laboral contempla la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, como un método para proteger a aquellos cuya relación laboral se encuentra encubierta por otras formas civiles o comerciales de contratación y que en virtud de ello no reciben las mismas garantías ni poseen un mínimo de derechos laborales. Para hacer referencia a tales sujetos, podría usarse el término de *trabajador negado*, haciendo referencia a aquel individuo cuya condición de trabajador está siendo negada a través del uso de formas alternativas, figuras civiles o comerciales de contratación para ocultar la relación laboral, o mediante

nuevas formas de trabajo, como aquellas amparadas en modelos de economía colaborativa. Es un trabajador negado pues el empleador niega su condición de trabajador, mediante otra denominación, con el único propósito de disminuir costos y evadir responsabilidades de tipo laboral. Así pues, este tipo de trabajador es protagonista silencioso también de las nuevas formas de trabajo que se desarrollan a través de aplicaciones digitales, por lo que, en procura de su protección, cobra importancia el principio de primacía de la realidad sobre las formas como posibilidad que tienen aquellos que operan para las aplicaciones digitales de economía colaborativa para hacer valer sus derechos laborales.

## **2.1 Principio de primacía de la realidad, ¿suficiente respecto a las nuevas formas de trabajo en plataformas digitales?**

Ante el expuesto crecimiento del *crowdsourcing* específico, dentro del modelo de economía colaborativa, y esa simbiosis generada con la flexibilidad laboral que permite a aplicaciones como Uber representar una apariencia que oculta relaciones laborales, se podría pensar, inicialmente, que la cuestión no simboliza problema alguno si se tiene en cuenta la existencia de la figura del contrato realidad como mecanismo que tiene el trabajador para hacer prevalecer el principio de primacía de la realidad sobre las formas. Así, el principio de primacía de realidad podría parecer una herramienta razonable para superar las discusiones de laboralidad en las aplicaciones digitales. Empero, ya se observará que a pesar de tener a la mano tal principio, existen algunas dificultades para invocar el mismo, más aún en el contexto particular de relaciones entre quienes prestan el servicio para una aplicación digital y la empresa.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991, le otorga carácter constitucional al principio de primacía de la realidad sobre las formas, así:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la

realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(Subrayado fuera del texto)

En relación con la norma citada la Corte Constitucional ha dicho que el principio de primacía de la realidad sobre las formas implica “un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades” (Corte Constitucional República de Colombia, 1998).

En virtud de dicho principio constitucional, se reconoce la relación laboral cuando confluyen los elementos del contrato de trabajo, independientemente de la forma contractual bajo la cual se haya denominado el vínculo, lo cual determinará la existencia del contrato realidad, es decir, el reconocimiento del contrato real que subyace bajo el ocultamiento que se le ha dado con otra denominación contractual. En relación con lo anterior, Vanegas Castellanos afirma que “El contrato realidad, literalmente, es el contrato real, el que efectivamente se ejecuta, independientemente de lo que hayan estipulado las partes. La trascendencia de esta figura es tal que, de llegarse a presentarse contradicción entre lo acordado formalmente y lo ocurrido en la realidad material, necesariamente deberá prevalecer lo segundo” (2011, p. 143), en consecuencia, la figura del contrato realidad y el principio de primacía de la realidad pretenden desentrañar la relación laboral que ha sido ocultada bajo formas simuladas de contratación. Por lo tanto, en caso de discrepancia se hace prevalecer “lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, por sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera por las partes. Al decidir la controversia se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han concertado formalmente” (Orellana, 2016, p. 166). Así pues, la primacía de la realidad reviste dos funciones, en primer lugar, permite que el juez omita la denominación que las partes han otorgado a la relación contractual; en segundo lugar, exhorta al juez a inquirir sobre la realidad, de suerte que pueda aplicar la normativa laboral en determinada relación (Orellana, 2016, p. 167).

Es pertinente reiterar que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han coincidido en entender el principio de la realidad sobre las formalidades en el mismo sentido, de manera que la protección del trabajador se encuentre latente y que, en la eventualidad de existir un detrimento en sus derechos, el aparato judicial del Estado está presto a hacer valer el artículo 53 constitucional. A diferencia del ordenamiento civil, en el laboral al encontrarse probada la realidad, ésta prevalecerá sin necesidad de acudir a figuras de simulación o fraude para lograr la declaración de la nulidad de los efectos del negocio defraudatorio (Orjuela et al., 2012, p. 29). Vale la pena mencionar que la producción jurisprudencial de las cortes colombianas respecto al amparo de trabajadores cuyo vínculo laboral permanece subyacente a otras formas de contratación, o figuras alternativas que pretenden el ocultamiento de la relación, ha sido bastante garantista en pro del trabajador, en virtud de ello han establecido ciertos parámetros para definir cuándo se puede establecer que existe una relación laboral, independientemente de la denominación que las partes le hayan dado al vínculo,

Las solicitudes sobre la declaración del contrato realidad deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del patrono y la contraprestación económica. Como se afirmó con antelación, en este tipo de casos los indicios permiten demostrar la existencia o no de la relación laboral cuya declaración se invoca (...)

Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (CCC, 2010)

De igual manera, la sentencia T-345 de 2015 ha hecho referencia, en similar sentido, en tratándose de casos en los que a través de un uso inadecuado del contrato de prestación de servicios se esconde una relación laboral:

Existen situaciones, en materia laboral, en las cuales la realidad no siempre coincide con lo consignado en un contrato o con lo pactado verbalmente, pues puede ocurrir que, aunque formalmente se señale que se trata de una determinada relación, en verdad se trate de otra totalmente distinta. Así, es habitual que ocurra que un contrato de prestación de servicios en verdad no lo sea, pudiéndose así, con observancia de los requisitos ya mencionados, proceder a declarar la existencia de un contrato laboral. (CCC, 2015)

Y es que, precisamente, el uso del contrato de prestación de servicios ha resultado bastante controversial para efectos del debate del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, si se tiene en cuenta que es el mecanismo más común para ocultar relaciones laborales en el país. Dicha discusión ha permitido que exista un desarrollo jurisprudencial amplio sobre el concepto de contrato realidad y el principio de realidad sobre las formas, toda vez que el debate de laboralidad es numeroso en relación con el contrato de prestación de servicios, lo cual sirve como fundamento que permite rescatar los criterios con los que las cortes determinan si una relación está inserta dentro del ámbito del derecho del trabajo y poder aplicarlos en las nuevas formas de trabajo.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece que se deberá crear un estatuto del trabajo, han pasado más de dos décadas y esto aún no ha sido una realidad. Lo anterior, ha conducido a que una herramienta tan valiosa como el principio de primacía de la realidad sobre las formas tenga que ser “aplicado vía garantías secundarias por parte de los órganos judiciales del estado colombiano, generando un espacio de vulneración de derechos de los trabajadores colombianos que deben esperar el fallo judicial que reivindique su situación jurídica” (Rivera Galvis, 2015, pp. 87-88). En ese sentido, se advierte que la aplicación del principio de la primacía de la realidad si bien es un medio de protección al trabajador, resulta ser ineficaz si se tiene en cuenta que es el trabajador el que tiene que acudir al órgano judicial para reclamar la existencia del contrato realidad.

Vale la pena destacar que el trabajador no sólo es la parte más débil en la relación laboral en virtud de su posición respecto al empleador, sino que además la debilidad e inferioridad respecto a su contraparte se evidencia en el generalizado desconocimiento de la norma laboral y en el miedo que le genera enfrentar a su contratante en un escenario judicial para reclamar la existencia de una relación laboral cuando considera que ésta se encuentra oculta. Así las cosas, el amparo del principio de primacía de la realidad se efectúa de manera *ex post*, en el entendido que sólo cuando el trabajador negado acude al aparato judicial para solicitar el reconocimiento del vínculo laboral es que se puede acceder a la órbita de protección del derecho del trabajo a través del principio en comento, siempre que se logre demostrar los elementos del contrato de trabajo, pero sobre todo la subordinación. No obstante, si aquel trabajador negado, ya sea por miedo, desconocimiento de la norma u otra razón, no acude ante un juez para solicitar que se desvele la realidad en el vínculo subyacente, probablemente dicha situación se quede así y la relación laboral continúe siendo ocultada por cualquiera que haya sido la denominación dada para tales efectos. Por tanto, el principio de primacía de realidad es una herramienta poderosa que permite desentrañar todo tipo de disfraz de la relación laboral, pero es un mecanismo que sólo se pone en ejecución cuando el individuo acude al órgano judicial, si éste no lo hace la relación seguirá estando oculta y los derechos laborales del trabajador seguirán siendo omitidos, lo cual supone un detrimento en el aspecto social del país. En consecuencia, resulta válido cuestionar la figura del contrato realidad, pues éste se usa cuando el trabajador quiere que se repare una situación que ya se ha presentado; de manera que, si un trabajador por ignorancia o desconocimiento no contempla la vulneración de los derechos, o no es consciente de ello, nunca accedería al amparo del principio de la realidad sobre las formas y por tanto el daño seguiría perpetuándose. Para el caso en concreto, Uber mediante la apariencia de ser un intermediario de servicio y por las condiciones y facilidades que otorga genera una conciencia colectiva en la cual las personas no contemplan la posibilidad de encontrarse frente a un contrato de trabajo, por tanto, sería poco probable que acudieran al órgano judicial para invocar el principio en cuestión y hacer valer sus derechos laborales.

Ahora, si bien dicho principio opera de manera *ex post* debe mencionarse que una vez se invoca ante los jueces su aplicación y su protección, éste se hace efectivo en pro del amparo del trabajador negado y sus derechos laborales. Sigue siendo entonces, una herramienta importante que tiene el ordenamiento para cumplir la misión del derecho del trabajo, siempre que se den los supuestos probatorios para ello y que el togado reconozca vetas de laboralidad en la relación. Para efectos de dicha defensa, el aparato judicial no sólo reafirma la importancia del principio de realidad sobre las

formas, sino que además se ha manifestado con relación a la diferencia entre lo que en esencia es un contrato de trabajo y lo que escapa de esta denominación. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-154 de 1997, indicó que

El elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, (...), en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. (CCC, 1997)

Resulta también importante lo contemplado en sentencia T-426 de 2004, en la cual se reiteran los elementos que caracterizan un contrato de trabajo y la irrelevancia que representa el hecho de calificar el contrato con figuras distintas para evadir la obligación laboral, “lo cierto es que el contrato de trabajo es un contrato realidad, que supera ampliamente las formalidades” (CCC, 2004), en virtud de lo cual, lo que realmente importa es lo que sucede en el plano de la realidad, más allá de lo que repose en los acuerdos de voluntades representados en un documento o contrato, en concordancia con ello afirma Orellana que “la realidad siempre refleja la verdad ya que en los documentos puede disimularse o esconderse ésta, para evadir el cumplimiento de las obligaciones que impone la ley” (2016, p. 166).

Por su parte, Rivera Galvis hace referencia al principio en mención, en igual sentido del que se ha expuesto, indicando que éste: “permite que, con independencia de la denominación que se haya dado al contrato por las partes se reconozcan las relaciones que de hecho surgen entre estas” (2015, p. 69), pero además hace alusión también a la subordinación y afirma que “este elemento es la principal diferencia existente entre la relación laboral y el contrato de prestación de servicios celebrado con personas naturales” (Rivera Galvis, 2015, p. 69), lo afirmado puede extrapolarse no sólo a contratos de prestación de servicios, sino a aquellas otras formas alternativas de contratación o figuras civiles y comerciales que se usan de manera inadecuada para encubrir relaciones laborales, incluso las nuevas formas de trabajo que están surgiendo en el panorama actual.

Se observa que los pronunciamientos que ha realizado la Corte generalmente giran en torno a situaciones donde se han usado formas civiles o comerciales de contratación para ocultar verdaderas relaciones laborales y en virtud del principio de primacía de la realidad se ha hecho prevalecer la relación laboral sobre la forma simulada. Así las cosas, en tales sentencias se han logrado establecer ciertos elementos importantes al momento determinar la existencia de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas. Igualmente, se coincide en establecer la subordinación como elemento importante en la definición de ese vínculo laboral, y es entonces dicho concepto la clave para definir si una actividad corresponde al ámbito del derecho del trabajo o no. En ese orden de ideas, para lograr establecer una relación entre la economía colaborativa y la flexibilidad laboral se hace necesario partir del hecho de la existencia de ciertas vetas de laboralidad que puedan encontrarse en los modelos de *crowdsourcing* específico, pero más allá de encontrar esas vetas de laboralidad es identificar el elemento subordinación en los vínculos formados entre quienes prestan el servicio y las empresas. Empero, si bien el elemento de subordinación es la clave para solucionar la cuestión laboral en el mencionado modelo de economía colaborativa, es menester resaltar que dicho concepto de subordinación atiende a lógicas establecidas desde los mismos orígenes del derecho del trabajo, de tal manera que su significado puede tornarse anacrónico y no lograr abarcar las actuales tendencias que se están generando en torno a las aplicaciones digitales.

Adicionalmente, una de las herramientas que tiene el trabajador que está siendo negado en razón a una denominación contractual para la defensa de su situación laboral y la declaración del contrato realidad es la presunción de laboralidad que, en palabras de Wilfredo Sanguinetti Raymond, es “el instrumento diseñado por numerosos ordenamientos laborales, ya desde su etapa germinal, con el fin de solventar este tipo de inconvenientes, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo” (2006, p. 2). Teniendo en cuenta que el trabajador es la parte débil en la relación y que por los supuestos de hecho que lo rodean y lo excluyen del ámbito de protección del derecho laboral, dicha presunción permite aligerar a éste de la demostración de la laboralidad, en virtud de ello, basta que él aporte al menos un principio de prueba que brinde al juez indicios racionales del carácter laboral de la relación en discusión; tal principio de prueba se ha determinado, históricamente, en la demostración de la prestación del trabajo o los servicios en favor de quien se pretende señalar como empleador (Sanguinetti Raymond, 2006, p. 2). Para el caso colombiano, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Tal artículo

ha encontrado desarrollo jurisprudencial en Sentencia del 8 de abril de 1970 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la que afirma que:

La presunción que consagra el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo es simplemente legal y puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido, o sea que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual laboral, pues quien lo ejecutó no lo hizo con el ánimo de que le fuera retribuido, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación.

Ahora bien, el hecho de que exista la señalada presunción no exime de probar a quien pretenda la declaración de contrato realidad la prestación del servicio, tal como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 31 de mayo de 1955:

Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es ‘la relación de trabajo personal’ de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado.

De lo señalado, se extrae entonces que la obligación de desvirtuar la presunción recaerá en el empleador quien deberá, precisamente, desvirtuar la subordinación o dependencia de la prestación objeto de debate, pues de lo contrario se contemplará que el vínculo en discusión estará dentro de las fronteras del derecho laboral, por lo tanto “es preciso que el asalariado haya comenzado a prestar el servicio. Siendo la subordinación la columna modular del contrato de trabajo, es necesario que ésta, de la noción teórica o simplemente jurídica, se proyecte en el plano de la realidad” (González Charry, 2004, p. 139). Así las cosas, y tal como se ha observado, la subordinación o dependencia de la prestación constituyen un elemento fundamental dentro del análisis del contrato realidad y la aplicación del principio de primacía de la realidad, no obstante, “ese presupuesto aplicativo requiere un esfuerzo probatorio —el de acreditar esa realidad, o que la realidad es ésta y no otra— empeño que por la propia configuración del vínculo laboral no siempre es accesible para el trabajador” (Goldin, 2011, p. 1). Determinar la subordinación en las formas civiles o mercantiles de contratación o en aquellas figuras en las que el ámbito de aplicación del derecho del trabajo es difuso, se convierte

en una labor exigente para el juez por la misma naturaleza de tales formas alternativas de contratación en la que el mencionado elemento es considerablemente tenue. Para tales efectos de interpretación, se puede establecer que:

el método utilizado en el ordenamiento jurídico colombiano para la prueba de la existencia de la subordinación jurídica en una relación de trabajo es el método tipológico, debido a que no existe una serie de supuestos de hecho establecidos en las disposiciones normativas que regulan esta materia que deban ser seguidos estrictamente para la prueba de la presencia de la subordinación jurídica en una relación de trabajo; sino que por el contrario, es en el debate probatorio donde a través de los diferentes hechos puestos en consideración del juez, se analiza y resuelve si con las pruebas allegadas existe o no una relación laboral en el caso sometido a consideración. (Rivera Galvis, 2015, p. 48)

Corredor considera que para alcanzar el objetivo de descifrar la laboralidad en las relaciones, se debe tener en cuenta la prestación efectiva de trabajo, siempre que se haga bajo parámetros de subordinación; que haya una relación de verticalidad entre las partes; que se tenga en cuenta el elemento volitivo del trabajador, *v.g.*, si quien ingresa a una cooperativa de trabajo asociado o a una empresa de servicios temporales desea hacer parte de una asociación o lo hace únicamente como requisito para ingresar a laborar en la empresa beneficiaria; que se analice la finalidad del contrato, pues si se contrata por prestación de servicios para desempeñar labores de manera permanente en una entidad, se estaría desnaturalizando la relación laboral (2014, p. 46 y 47). Lo anterior plantea un panorama un poco más amplio, tomando elementos que trascienden el mero concepto de subordinación como único referente para determinar la existencia del contrato laboral. Para ello, se requiere analizar el hecho particular, pues la subordinación plantea esa necesidad de establecer esos nexos de autoridad y dirección que unen al empleador con el trabajador, en este punto se llega a “un límite difuso en el que la frontera entre el trabajo autónomo y el dependiente solo puede trazarse caso por caso tras la revisión de un considerable acervo probatorio” (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 105). Mediante el análisis del caso concreto es como se puede diferenciar ambos contratos por lo que, si existe una relación laboral oculta bajo el manto de la prestación de servicios, basta con probar que existe una subordinación para que se amparen los derechos del trabajador en razón a existir un verdadero vínculo laboral, esto es lo que se entiende como contrato realidad.

En suma, dependerá de cada caso particular la determinación de la laboralidad de una relación en discusión y en el entendido que cada caso que escapa al derecho del trabajo obedece a ciertos

hechos y condiciones diferentes se puede determinar que el estudio de los elementos del contrato de trabajo, y en especial de la subordinación, también puede predicarse de las relaciones contractuales que se generan en la prestación de servicios a través de aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico, lo cual podría significar la evidencia de una relación laboral oculta en dicho modelo de economía colaborativa. Descifrar ello, permitiría evitar el alto costo social que representaría tal ocultamiento, pues el crecimiento del trabajo a través de las aplicaciones digitales está en auge y seguirá en aumento, sobre todo si logra continuar escapando al ámbito de protección del derecho laboral.

## 2.2 Subordinación

Si bien los elementos del contrato contenidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo permiten identificar cuándo se está en presencia de un contrato de trabajo, para efectos de probar dicho contrato realidad se ha considerado que el elemento fundamental es la subordinación, toda vez que es el único pilar sobre el que se basan las relaciones laborales dentro del ordenamiento jurídico colombiano (Rivera Galvis, 2015, p. 51), en virtud de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estudiado con mayor celo el elemento en mención, para dotar de criterios y pautas que permitan identificar cuándo se está ante una relación de trabajo subordinada, ya que “si es trabajo subordinado se aplican de manera plena todas las garantías del derecho laboral; *contrario sensu*, si el trabajo no es subordinado se excluye la aplicación del tradicional derecho laboral” (Manrique, 2013, p.69), allí radica entonces la importancia de su definición.

Krotoschin, en 1955, afirmó que “el factor que condujo principalmente a la concepción de un derecho propio del trabajo fue una situación de aquellos trabajadores que al incorporarse a una empresa ajena tuvieron que someterse a la voluntad y dirección de otro, perdiendo con ello su independencia frente a la organización y plan de trabajo ajeno” (Citado en: González Charry, 2004, p. 137), en virtud de tal situación se reconoció una protección al trabajador, consistente en la definición de ese sometimiento de voluntad como subordinación, y a su vez, dicho concepto, como elemento central de la relación laboral.

Para Mario L. Deveali (1971), “En la doctrina y también en la legislación comparada, se suele hablar de dependencia, de dirección o de subordinación, utilizándose estas distintas voces con

sentido que nos parece sinónimo, es decir que en el fondo aluden a una misma cuestión” (Citado en: Orellana, 2016, p. 39).

Para Sergio Bachiller (1980), la persona se encuentra subordinada cuando está imposibilitada jurídica, económica y técnicamente de determinarse por sí misma y, en virtud de ello, debe determinar su conducta según lo que dictamine quien detenta el poder jerárquico y disciplinario, es decir, el empleador, sin que esto signifique que el trabajador no tenga una suficiente capacidad para determinarse a sí mismo, sino que para efectos de la obtención de los logros de la empresa, debe someterse a la autoridad de quien tiene la autoridad de mandar (Citado en: López Fajardo, 2014, pp. 142-143).

Guido Macchiavello Contreras (1986) considera que la subordinación es la “sujeción personal del trabajador, en la actividad laborativa, en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico-productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador, a fin de que sólo incorpore su acción a las tareas específicas que le señala éste, bajo sus poderes técnicos empresariales” (Citado en: Orellana, 2016, p. 37).

Por su parte Néstor de Buen Lozano (1981) dice que: “Debe entenderse la subordinación en su auténtica dimensión. El poder de mando y el deber de obediencia que la constituyen no opera de manera permanente e ilimitada. Existe sólo durante el tiempo de duración de la relación laboral, se entiende durante la jornada de trabajo y exclusivamente de lo que suele llamarse el trabajo contratado” (Citado en: Quintanilla Islas, 2002, p. 12).

Quintanilla Islas considera que la subordinación es “un resabio de aquella vieja autoridad que tenían los patrones sobre los trabajadores, recuerda el contrato de trabajo en el derecho civil y las locatios donde el patrón era el amo, en tanto que el trabajador un esclavo, un subordinado.” (2002, pp. 19-20), en ese sentido, la noción tendría una definición bastante tradicional, surgida desde los mismos inicios del derecho del trabajo, por lo que podría decirse que la subordinación, en ese entendido, sí posee un significado anacrónico que aún no logra adaptarse a las nuevas formas de trabajo en plataformas digitales.

López Fajardo, sostiene que la subordinación es “la facultad que tiene el patrono o empleador para exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo; e imponerle reglamentos; y al trabajador de respetarlas y cumplirlas” (2014, p. 141), lo cual implica la posibilidad que tiene el empleador de direccionar las actividades que realiza el trabajador, esto resultaría en: a) un poder de organización o reglamentario, consistente en poseer una estructura y organización en pro de los resultados de la empresa; b) poder de dirección, relacionado con la posibilidad de organizar la empresa en términos de estructuras jerárquicas y de relaciones con terceros; y c) poder disciplinario, que hace alusión a aquella autoridad para hacer cumplir las órdenes y suscitar la obediencia debida, así como también la facultad de conservar la disciplina en aras de obtener los fines de la empresa (López Fajardo, 2014, p. 141).

En igual sentido, se ha afirmado que la subordinación es “la facultad del empleador de ordenar los procedimientos y las condiciones técnicas con que debe desarrollarse la labor contratada. Esta subordinación se concreta en la obligación que tiene el trabajador, de acatar las obligaciones y prohibiciones que contiene los reglamentos internos del empleador y los textos de los contratos de trabajo” (Plazas y Plazas, 2017, p. 40), se agrega además, que existe subordinación cuando el trabajador tiene el deber de cumplir un horario impuesto por el empleador, so pena de ser sancionado (Plazas y Plazas, 2017, p. 40) , con lo cual se evidencia igualmente, ese poder disciplinario que radica en cabeza de este último.

Mientras que, para Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, la subordinación “no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar el servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles” (2016, p. 275).

Irureta, a su vez, considera que la subordinación “ha sido una constante en la evolución del derecho laboral, a pesar de que no es el único factor que define la relación de trabajo. Sin ir más lejos, ello permitió diferenciar las figuras civiles de aquellas propias de la disciplina social. (...)”

permite distinguir la inserción del trabajador dentro del ámbito organizativo del empleador, excluyendo de este modo los vínculos contractuales revestidos de una dependencia genérica y amplia, pero no laboral” (2014, p. 268).

Por otro lado, Sánchez-Castañeda estima que la subordinación es “el elemento característico del contrato de trabajo o de la relación laboral y trae consigo la aplicación del derecho laboral. El empleador, durante la duración de la relación laboral, cuenta con un poder de autoridad sobre el empleado y es quien, al mismo tiempo, recibe los beneficios y corre los riesgos económicos de su empresa.” (2016, p. 770).

Una de las características de tal subordinación, radica en el hecho que no necesariamente debe ser ejercida de manera permanente, “Es suficiente si el empleador pueda hacer uso de ella en cualquier momento. Lo anterior, debido a que según la naturaleza de la labor que se esté desempeñando, esta subordinación puede hacerse evidente en mayor o menor grado” (Plazas y Plazas, 2017, p. 41), por ejemplo, en aquellos trabajos que se prestan desde el hogar si bien existe un grado de subordinación, éste es mínimo. De igual manera lo entiende Vanegas Castellanos, quien considera que “para que exista el elemento subordinación no es necesario que el empleador esté dando órdenes permanentemente, sino que tenga la posibilidad de hacerlo en el momento en que lo crea necesario o conveniente a los fines de la empresa, respetando los derechos del trabajador” (2011, p. 137).

Igualmente, resulta importante indicar que la subordinación se destaca por representar una posibilidad y no una realidad dentro de la relación laboral, es decir, es la facultad que tiene el empleador en cualquier momento, durante la vigencia del contrato, de impartir órdenes, dar instrucciones y establecer reglamentos, aunado al hecho que el trabajador debe cumplir con lo dispuesto por el empleador en el momento en que se determine. Pero el hecho que dichas órdenes no estén presentes permanentemente o no haya un reglamento de trabajo no significa que la relación laboral deje de existir (González Charry, 2004, p. 137). En igual sentido, se refiere González (1998), al afirmar que esa posibilidad se manifiesta en el hecho que “si por la naturaleza del servicio que se presta, o por voluntad del empleador, o por la pericia del trabajador, tales órdenes no se dan en forma permanente o no existe reglamento interno de trabajo, no por ello la relación jurídica se desfigura,

ni las leyes sociales dejan de ampararla” (Citado en: León Chiriví, 2015, p. 155). En ese sentido quedaría claro que la subordinación podría tener diferentes niveles de intensidad dependiendo de aspectos tales como el tiempo, la forma y el lugar en el que se realiza el trabajo, por lo que dicho concepto no resulta ser universal e inequívoco, sino que se caracterizaría por ser adaptable a diferentes circunstancias, así lo entendería también Vanegas Castellanos al afirmar que “no debe considerarse como un poder absoluto y arbitrario sino limitado por los conceptos de dignificación descritos en la misma disposición” (2011, p. 136).

De lo anterior, se evidencia que los autores coinciden en definir la subordinación como un sometimiento de la voluntad o una sujeción del empleado hacia su empleador, el cual ejerce sobre el primero un poder de organización, de dirección y disciplinario, así las cosas el trabajador está a disposición de la estructura empresarial y su jerarquía, de las instrucciones y directrices que se le indiquen y de un régimen disciplinario que define las consecuencias de la inobservancia a su deber de obediencia dentro del ámbito de la empresa y su jornada de trabajo. Adicionalmente, se hace importante hacer referencia sobre la clasificación que se puede predicar de la subordinación y que recoge lo plasmado anteriormente, así: técnica, jurídica y económica (González Charry, 2004, p. 135; Pérez García, 2016, p.159).

La dependencia jurídica es la que mayor reviste importancia dentro del estudio de la subordinación, ella consiste en la facultad que tiene el empleador para dictar órdenes e instrucciones en cualquier momento y, a su vez, en la obligación que tiene el trabajador para cumplir tales órdenes (Orellana, 2016, p. 52). Es entonces, la sujeción del trabajador al poder directivo del empleador, el cual posee la posibilidad de dictar instrucciones, hacer seguimiento a las mismas y determinar sanciones disciplinarias en casos de incumplimiento, todo ello, en virtud de su facultad de organizar y dirigir su empresa, dicha sujeción se puede evidenciar “con mayor o menor intensidad y no supone que el empleador esté efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino que aquél conserve la facultad de ejercer tal dirección y que éste tenga la obligación de acatarla” (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 275). Se evidencia entonces que la subordinación o dependencia jurídica se puede materializar en primer medida en ese poder de dirección y mando que tiene el empleador, el cual conlleva una obligación de cumplimiento por parte del trabajador, lo cual no es más que esa definición de subordinación como el sometimiento de la voluntad del trabajador al empleador, esa premisa en la que se afirma que el trabajador se entrega su

obediencia y su lealtad al empleador y éste, a cambio, le ofrece la estabilidad y seguridad que supone un puesto de trabajo. Además, se manifiesta en la instauración de un reglamento interno de trabajo (López Fajardo, 2014, p. 142), el cumplimiento de un horario de trabajo (Orellana, 2016, p. 62) y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato (González Charry, 2004, p. 136).

La dependencia técnica se encuentra, específicamente, en la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes sobre cómo debe realizar el trabajo (Orellana, 2016, p. 49). Este tipo de subordinación recibe especial atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia, toda vez que se ha considerado como una especie de subclasificación dentro de la dependencia jurídica, ya que hace alusión a las órdenes e instrucciones que imparte el empleador y dentro de estas órdenes, necesariamente, se encuentran aquellas relacionadas con la forma en que debe desarrollarse el trabajo.

Por otra parte, la dependencia económica hace referencia al hecho que “el servicio prestado por el trabajador tiene como fin el obtener una remuneración por parte del empleador, sin que ello comporte una subordinación jurídica específica, como concepto jurídico” (Orellana, 2016, pp. 49-50). Tal dependencia económica permite determinar que una actividad sea desarrollada con la intención de recibir una contraprestación por ello, no obstante, y teniendo en cuenta que la relación laboral no es sólo un hecho económico debe resaltarse que “la esencia de la subordinación estriba en ser una dependencia económica, técnica, jerárquica y jurídica, o de naturaleza mixta” (Orellana, 2016, p. 51). En ese orden de ideas, así como la subordinación es el elemento más importante dentro de los tres que componen el contrato de trabajo sin desmeritar el aporte que los otros dos brindan, así mismo, la dependencia jurídica parece ser ese componente más fuerte dentro de la subordinación, sin que ello signifique que el análisis de las otras dos clases de dependencia no sea importante al momento de determinar la subordinación en una prestación de trabajo.

### **2.3 Cortes en Colombia, adalides de la primacía de la realidad sobre las formas**

En relación con la subordinación, la Corte Constitucional ha establecido, en sentencias C-386 de 2000 y C-960 de 2007, que

La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. (CCC, 2000; CCC, 2007)

Igualmente, ha desarrollado lo concerniente a los diferentes tipos de subordinación como ya se expuso, y al respecto, tal como se desprende de Sentencia C-934 de 2004, ha manifestado:

Respecto a la subordinación se han elaborado varias teorías para explicar su naturaleza, como la técnica, la económica y la jurídica, pero es esta última la más aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En esa medida la subordinación se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr que la empresa marche según los fines y objetivos que se ha trazado.

Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. (CCC, 2004)

Se observa entonces que la subordinación se materializa en diferentes manifestaciones que, según cómo se proyecten en la realidad, pueden determinar si hay, o no, relación laboral, sin que ello signifique que son las únicas expresiones o que deban estar presentes todas para determinar la existencia de subordinación en una relación, pues como se ha advertido anteriormente, todo depende del caso particular. En ese orden de ideas, los aspectos que deben tenerse en cuenta con relación al

análisis de la subordinación son: el poder de dirección, esto es la facultad de dar órdenes e instrucciones; el poder reglamentario; el poder disciplinario del empleador, que le permite establecer sanciones; el cumplimiento de un horario; la prestación del servicio en lugar determinado; la remuneración; los riesgos y utilidades generados en virtud de la relación; los medios mediante los cuales se desarrolla el trabajo; la inserción dentro del ámbito organizativo de la empresa, entre otros.

Las anteriores manifestaciones de subordinación son dinámicas y pueden encontrarse en diferentes grados de intensidad dentro de determinada relación, por lo que el estudio caso a caso es la única forma que tendrá el juez para establecer la laboralidad de la prestación, más allá de simplemente llenar una lista de comprobación de aspectos que se presentan. A pesar de ello, la Corte Suprema de Justicia se ha valido de algunos de ellos y le ha otorgado significado a los mismos con el fin de decidir en los respectivos debates de laboralidad de las relaciones.

Ahora bien, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se puede identificar la determinación de algunos aspectos como definitorios, o no, de la subordinación, en dicho análisis se puede observar cómo la Corte ha contemplado distintos escenarios a través del tiempo:

**Tabla 4-1:** La subordinación en sentencias de la Corte Suprema de Justicia

No configura subordinación	Configura subordinación
6258 de 1994 / M.P.: Jorge Iván Palacio	
- Forma de remuneración fijada por mutuo acuerdo. - Horario fijado en forma conjunta. - Someterse a normas de la profesión coordinadas por el contratante. - Lineamientos básicos del servicio a prestar.	No se pronuncia.
16062 de 2001 / M.P.: Carlos Isaac Nader	
- Lineamientos básicos del servicio a prestar. - Requerimiento por incumplimiento de las obligaciones.	No se pronuncia.
17209 de 2002 / M.P.: Carlos Isaac Nader	
- Invitación a reuniones. - Quejas de clientes. - Establecimiento de pautas o directrices.	No se pronuncia.
22259 de 2004 / M.P.: Luis Javier Osorio López	
No se pronuncia.	- Obligación de cumplir órdenes - Cumplimiento de horario y disponibilidad para el empleador. - Asistencia a reuniones.
23721 de 2005 / M.P.: Carlos Isaac Nader	

<ul style="list-style-type: none"> <li>- Imposición de horario de trabajo.</li> <li>- Permanencia en las instalaciones de la empresa para la realización de las labores contratadas.</li> <li>- Recibir instrucciones impartidas durante el desempeño de sus tareas como la solicitud de cronograma de actividades y de planeación estratégica.</li> <li>- Designación como representante del contratante.</li> <li>- Conceder permisos y vacaciones a los empleados del contratante.</li> </ul>	No se pronuncia.
33849 de 2009 / M.P.: Luis Javier Osorio López	
No se pronuncia.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Órdenes o instrucciones de trabajo.</li> <li>- Elaboración de reportes semanales.</li> <li>- Acatar directrices y reglamentos y asistencia a reuniones.</li> <li>- Autorización de gastos.</li> <li>- Asignación del cliente y de una zona determinada para la prestación del servicio.</li> </ul>
35201 de 2009 / M.P.: Eduardo López Villegas	
No se pronuncia.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Instrucciones de tiempo, modo y lugar.</li> <li>- Suministro de formularios.</li> <li>- Diseño, recibo, análisis y objeción de los productos, labores sin creación del trabajador.</li> </ul>
34393 de 2010 / M.P.: Luis Javier Osorio López	
No se pronuncia	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Asignación turnos de disponibilidad.</li> <li>-Instrucciones.</li> <li>- Asistencia a reuniones.</li> <li>- Sanción por desacato a una orden y por quejas.</li> </ul>
39600 de 2012 / M.P.: Jorge Mauricio Burgos Ruiz	
No se pronuncia.	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Comunicaciones donde se dan instrucciones u órdenes de trabajo para ejecutar labores.</li> <li>-Elaboración de reportes.</li> <li>-Asistir a reuniones.</li> <li>-Asignación de clientes.</li> <li>-Cumplimiento de horario.</li> <li>-Existencia de un jefe.</li> <li>-Elementos asignados.</li> <li>-Remuneración mensual.</li> </ul>

(León Chiriví, 2015, p. 187-190)

De lo anterior se observa, que las sentencias más recientes han optado por definir qué aspectos caben dentro de la subordinación, más allá de restringirlos como se observa en las más antiguas. Del estudio de las sentencias enunciadas, León Chiriví determinó que el análisis de la Corte Suprema de Justicia fue muy conservador hace más de dos décadas, pero a partir de 2004 se tornó proteccionista y, en virtud de ello, consideró que el cumplimiento de órdenes, horario y disponibilidad para con el empleador constituyen elementos de subordinación (2015, p. 191). Posteriormente, a partir de 2009, se adoptó una posición más garantista aún, que es aquella que prevalece actualmente, en dicha

consideración se optó por no tener un listado de situaciones que configuran subordinación, sino que establece la necesidad de analizar cada caso, en su respectivo contexto, el tipo de trabajo y el perfil del trabajador, todo ello, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas (León Chiriví, 2015, p. 191).

Ahora, si bien no es posible establecer un listado o un catálogo de aspectos que permiten identificar la subordinación, sí se puede establecer que el ordenamiento judicial establece un análisis para cada caso, desarrollo éste, que permite identificar algunos elementos que podrían considerarse importantes dentro del análisis en cuestión, tales como: “cumplimiento de horario o turnos impuestos por el empleador, es decir, no convenido entre las partes; forma de pago impuesta por el empleador; cumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo; asignación de elementos de trabajo; sanciones y/o llamados de atención de orden disciplinario” (León Chiriví, 2015, p. 192). La inclusión de los mencionados elementos en el análisis de la subordinación resulta importante en el presente trabajo, toda vez que permite establecer un estudio sobre las formas de trabajo a través de aplicaciones digitales de economía colaborativa, a partir de los elementos identificados como indicios clásicos de laboralidad en la relación.

### **3. Subordinación digital, Uber el empleador del futuro**

El derecho laboral, en sus orígenes, se caracterizó por la búsqueda de la protección del trabajador de aquella época, el trabajador que prestaba sus servicios en un lugar físico, aquel que cumplía una jornada laboral determinada y que estaba sujeto a las órdenes y vigilancia de su empleador. Así pues, en dichos orígenes la regulación normativa permitía establecer la diferencia entre el trabajador asalariado dentro del sector industrial y el trabajador no asalariado. Posteriormente, la consolidación del derecho del trabajo se dio en torno a la extensión del ámbito de aplicación de ese derecho a las actividades profesionales del sector terciario (Sierra Benítez, 2015, p. 10). En la actualidad, el surgimiento de nuevas formas de trabajo a través de plataformas digitales está creando la necesidad de extender el ámbito de aplicación del derecho laboral a las actividades que se desarrollan en el marco de ese tipo de economía colaborativa. Y es que la transformación de la economía en los últimos treinta años está cambiando el objeto de estudio y el contenido de este derecho, lo cual se evidencia en la aparición de nuevos procesos de producción de bienes y prestación de servicios diferentes al clásico modelo industrial (Manrique, 2013, p.11). Ese derecho del trabajo que nació en el siglo XIX ha estado enfocado en la regulación de las relaciones del trabajo subordinado, dependiente y por cuenta ajena (Manrique, 2013, p.29). Así, autores como Guillermo Cabanellas (s.f.) han entendido el derecho laboral “como aquella rama en la cual el trabajo jurídicamente relevante era el subordinado, disciplinado por el contrato de trabajo (Citado en: Manrique, 2013, p.31).

En ese sentido, dado que el derecho del trabajo se construyó sobre unas bases diferentes a las que sirven de sustento a este nuevo derecho del trabajo que está transformándose en la actualidad podría pensarse en una redefinición del concepto de subordinación. No obstante, teniendo en cuenta que su definición se encuentra arraigada a las tradiciones jurídicas de los diferentes países, en lugar de redefinir el concepto, puede resultar útil adaptar las características de las actividades desarrolladas

en el *crowdsourcing* específico a los elementos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en establecer como importantes en el análisis de la subordinación, de manera que se establezca esa subordinación digital que rodea las relaciones entre quienes prestan el servicio y la plataforma.

Ahora bien, puede decirse que una de las causas de la actual crisis del derecho del trabajo es la aparición de aquellas nuevas formas de contratación y de aquellas formas simuladas, las cuales son, como lo menciona Manrique, un resultado del debilitamiento del trabajo subordinado, aunado a una crisis de empleo (2013, p.31). Como afirma Adrián Goldin, se trata de tendencias hacia la desmaterialización del trabajo y, como tal, de la flexibilización del tiempo de trabajo, el cual ya no es medible en unidades de tiempo, pues éste se ha convertido en difuso e inmensurable (2018, p. 4). Los actuales avances en la tecnología y el creciente desarrollo de la tecnología, sumado a políticas laborales cada vez más flexibles conducen a una pérdida de abarcatividad del concepto de dependencia o subordinación (Goldin, 2018, p. 6), lo cual conduce a que quienes presten sus servicios a través de aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico se encuentren por fuera del ámbito de protección del derecho del trabajo, lo que supone una afrenta a aquellos derechos laborales que tales personas puedan merecer en virtud de la actividad que realizan. Así, aquella actividad laboral que se desarrolló en la fábrica ahora se encuentra mutando a una *dependencia tecnológica* en la que “la presencia física del trabajador y del empleador se sustituye por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación” (2015, pp. 9-11). En definitiva, resulta vital reconocer que

la flexibilización laboral, el trabajo a distancia, la necesidad de reducir los costos sociales provocada por la competitividad de la globalización, la empresa virtual a través del outsourcing o tercerización de servicios, los cambios tecnológicos en materia de comunicaciones, la automatización y la robótica (...), están produciendo modificaciones trascendentales a las que debemos enfrentarnos y que exigen de nosotros una definición para afirmar la existencia, importancia y vigencia del derecho del trabajo.” (De los Heros Pérez-Albela, 2016, p. 400).

En virtud de lo anterior, es un hecho que la economía colaborativa ha llegado para quedarse, por lo que identificar la existencia de relaciones laborales podría impedir que se diera una considerable fuga del derecho del trabajo.

### 3.1 Nuevas formas de trabajo en plataformas digitales

Uber, la aplicación digital referente en el campo de las plataformas virtuales, además de ser un exitoso modelo de negocio, es el epitome del *crowdsourcing* específico y el estandarte de la economía colaborativa por estos días. Tal como ya se ha advertido, la empresa se define, en principio, como una empresa de tecnología, nunca de transporte, de suerte que, a través de su plataforma, convergen los usuarios que demandan la necesidad de transportarse y los conductores que ofrecen el medio para ello, por lo tanto, Uber simplemente sería ese puente que une dicha demanda y oferta, un mero intermediario. En su página, adicionalmente, la empresa se escuda de lo que pudiera ser una tergiversación de su actividad aclarando que:

Uber no es una empresa de transporte. Uber es una empresa de Tecnología. Nosotros desarrollamos una aplicación que conecta a socios conductores con usuarios que desean un conductor privado.

Uber no es una aplicación de taxi. Uber es una empresa de Tecnología que facilita, por medio de su aplicación, que conductores privados encuentren personas que necesitan viajes seguros y confiables. El usuario conecta con un conductor privado, quien lo lleva al destino que el desee.

Uber no emplea a ningún conductor y no es dueño de ningún auto. Sólo ofrecemos una plataforma tecnológica para que socios conductores aumenten sus rendimientos y para que usuarios encuentren conductores confiables y disfruten de viajes seguros.

(Equipo Uber, 2015)

Efectivamente, sus conductores no firman contrato, sino que dan su consentimiento a través de una aplicación, la cual les aclara lo mencionado anteriormente, les reitera que no poseen vínculo laboral alguno y que la empresa es sólo una intermediaria de servicios. A pesar de lo anterior, es importante reiterar la importancia del principio de primacía de la realidad sobre las formas el cual permite, como ya se anotó, hacer prevalecer lo que sucede en el plano de la realidad por encima de cualquier nominación que se le haya otorgado a determinada relación. En ese orden de ideas, si se puede identificar una relación laboral entre Uber y sus conductores poco importará lo que la empresa afirme de sí misma y deberá reconocerse la relación laboral. Al ingresar a la página web de Uber, se puede encontrar la siguiente información:

Genera ganancias.

¿Tienes un auto? Conviértelo en una herramienta para generar ganancias. En tu ciudad hay mucha actividad, aprovéchala conduciendo con la app de Uber. Además, ya tienes todo lo que necesitas para comenzar.

- Conduce cuando quieras

¿Necesitas generar más ganancias aparte de tu trabajo regular? En Uber, como Socio Conductor, tienes la libertad y flexibilidad para conducir cuando quieras. Así, nunca te perderás los momentos importantes de tu vida.

- Sin oficina ni jefes.

Ya sea que conduzcas para mantener a tu familia o ahorrar para un proyecto específico, Uber te da la libertad de tomar el volante cuando quieras. Elige cuándo conducir, a dónde ir y a quién llevar.

(Uber Technologies INC, 2018)

Se observa entonces que “el nuevo tipo de trabajador -que presta servicios a través de una plataforma virtual -, que aporta sus propios medios de producción, elige cuándo trabajar-libertad de horario-y cuándo – libertad de jornada- e incluso que tiene una relativa autonomía para elegir cómo prestar sus servicios, no parece encajar con la definición tradicional de trabajador” (Todolí Signes, 2017, p. 53). Por tanto, sería fácil corroborar que lo que pregona Uber coincide con la práctica real de su relación con los conductores, en virtud de lo cual no habría duda alguna de su carácter de intermediario por lo que resultaría más cómodo cerrar el debate y no cuestionarse el verdadero vínculo que podría subyacer por debajo de las apariencias que se presentan. No obstante, se ha preferido seguir adelante con la discusión, pues, en concordancia con lo afirmado por Adrián Todolí, “aunque indudablemente sea cierto que existe una mayor flexibilidad en la forma de ejecución del trabajo y un incremento de la libertad en la elección del horario y la jornada de trabajo, la doctrina mayoritaria sigue considerando que la posición del prestador de servicios en estas nuevas empresas es de trabajador subordinado” (Todolí Signes, 2017, p. 75).

En consecuencia, no es posible ignorar los efectos que las nuevas dinámicas de la economía y en especial la irrupción de la economía colaborativa en las plataformas virtuales tienen sobre el empleo y las condiciones laborales. En efecto, la transformación digital y la economía conectada tienen el potencial de generar empleos, pero también de acabar con ellos y una cuestión importante

en el asunto es la velocidad y el volumen en el que se crean y se destruyen tales empleos (Jiménez, 2016, p. 277). Los cambios en el escenario laboral han llegado y con ellos la tensión entre la existencia de relaciones laborales en las nuevas formas de contratación se ha hecho más profunda. En ese sentido, y ante la evidente incapacidad que ha presentado el ordenamiento jurídico colombiano para atender dichos cambios, la respuesta ante tal tensión parece ser aquella tradicional tesis que indica que la subordinación es la que determina la existencia de un vínculo laboral. Así mismo, y en relación con las actuales formas de contratación en un contexto globalizado y de flexibilidad laboral Cruz Villalón considera que: “la subordinación no sólo se mantiene como el criterio idóneo para marcar las fronteras entre el trabajo sometido a la legislación laboral y el que no lo está, sino que, (...) la subordinación como requisito legal se presenta mucho más operativa y adaptada para ser aplicada a las nuevas formas de trabajo en la digitalización económica” (2017, p. 41), de manera que, el estudio de la subordinación puede extrapolarse a las nuevas formas como el *crowdsourcing* específico y se despeje esa zona gris en la que se encuentran las fronteras del derecho del trabajo

### **3.2 Ayer, revolución industrial; hoy, revolución digital**

Ahora bien, una vez vistos los elementos que hacen parte del análisis de la subordinación por parte de los jueces en Colombia y partiendo del hecho que dicho concepto se caracteriza por su adaptabilidad caso a caso, se hace necesario el estudio de la actividad que se desarrolla en la plataforma con el estudiar la subordinación presente en su operación y establecer unas pautas que permitan identificar la laboralidad de sus vínculos como precedente que sirva para identificar la actividad de aplicaciones de *crowdsourcing* específico similares que se están posicionando en el país, tales como *Rappi* o *Cabify*.

El mundo digital afecta la gestión de la normatividad laboral en dos ámbitos, el espacial y el temporal. El primero, pues la norma laboral se desarrolló en torno a la prestación de servicios dentro de la fábrica y posteriormente se trasladó también a las oficinas de las empresas (Cruz Villalón, 2017, p. 27), pero ahora existe un nuevo escenario no contemplado por dicha norma, que supone nuevos retos de regulación como lo es la red donde no existe un lugar físico donde se lleve a cabo el trabajo; el segundo, hace referencia a aquellas reglas relacionadas con el horario laboral, las plataformas digitales abren la posibilidad del trabajo en cualquiera de las veinticuatro horas del día, durante cualquiera de los trescientos sesenta y cinco días del año, borrando los límites, incluso, entre

la jornada laboral y la vida personal (Cruz Villalón, 2017, p. 29). Por tanto, se hace necesario generar condiciones que procuren la realización de condiciones dignas de trabajo para quienes “desarrollan una actividad personal económicamente relevante, cualquiera que sea el adjetivo jurídico que acompañe a ese trabajo” (Manrique, 2013, p.51) y superar ese ostracismo en el que se llegase a encontrar la legislación colombiana con respecto a la determinación de la laboralidad en las formas de trabajo a través de aplicaciones digitales.

En efecto, en el contexto de los límites difusos del derecho del trabajo y las actuales formas de trabajo, la real cuestión radica en saber “si los requisitos clásicos siguen siendo válidos y, en su caso, cuáles serían los criterios interpretativos para su aplicación a las plataformas digitales. Sin embargo, en otros casos, nos enfrentamos a una regulación inexistente o manifiestamente insuficiente” (Cruz Villalón, 2017, p. 40). Para Orellana, existe una serie de supuestos de hecho que permiten dar forma a la subordinación, entre los cuales se encuentran: a) continuidad de los servicios prestados; b) periodicidad y generalidad de la remuneración; c) cumplimiento de horarios; d) sujeción a un régimen disciplinario del empleador; e) la fiscalización del trabajador; f) sujeción a órdenes e instrucciones del empleador; g) uso de signos corporativos; entre otros. (2016, p. 195). Pero más allá de establecer una lista de chequeo, el estudio de la actividad a la luz de algunos de los anteriores indicios podría dar pistas sobre la existencia de la relación laboral, lo cual dependerá de cada caso estudiado y aunque no sea una cuestión concluyente, se podrá encausar los fines de buscar la protección del trabajador negado en las plataformas digitales de *crowdsourcing* específico.

A primera vista, la actividad desarrollada por los conductores de Uber podría parecer ajena a los linderos del derecho laboral, no sólo por la autodenominación de intermediaria, sino también por la forma en que se flexibilizan los elementos que identifican una relación laboral, al punto de ser difusos y casi imperceptibles, lo cual no obsta para que sí sean identificables en un ejercicio similar al que hace quien entrecierra los ojos para lograr identificar, en la lejanía, lo que no logra percibir a simple vista. De esta manera, se considera que los elementos importantes en la determinación de aquellas vetas de laboralidad en la relación de Uber y sus conductores, aplicable también a otras plataformas de *crowdsourcing* específico y sus prestadores de servicio, son:

### 3.2.1 Prestación de servicio

La prestación personal del servicio, como uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, se ha entendido que se desarrolla por cuenta ajena, lo que significa que el producto del trabajo realizado es de propiedad del empleador, que es, a su vez, quien asume los riesgos (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 285). Por su parte, Orellana considera que “la prestación exclusiva o preferente a favor de una empresa constituye manifestación de la subordinación hacia un empleador. (...) Sin perjuicio de lo anterior, la exclusividad no es un factor preponderante dentro de la determinación de la naturaleza laboral de una vinculación contractual” (2016, p. 152). En el ámbito virtual, respecto a la prestación personal del servicio, se analiza efectivamente que es el conductor el que lleva a cabo el trabajo, “el sitio mismo de UBER informa que no se le permite al conductor ceder su cuenta de la aplicación para que otra persona pueda prestar los servicios” (Todolí Signes, 2017b), por lo que dicha prestación se da en los supuestos que establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano.

### 3.2.2 Remuneración

Con relación a la remuneración, se entiende que ésta es una contraprestación que se otorga a cambio de la actividad desarrollada por el trabajador. Se entiende al respecto, que la característica de la remuneración debe ser su periodicidad, lo que constituye “un subindicio importante que, aún cuando no excluye convenciones de naturaleza civil o mercantil, inclina la balanza hacia la laboralidad” (Orellana, 2016, p. 143). Por otro lado, “la generalidad de las remuneraciones se refiere a que no sean producto de la retribución de labores específicas no continuadas en el tiempo, v.gr. la mantención aislada de un jardín, la reparación de un desperfecto mecánico automotriz, la instalación de un sistema de aire acondicionado” (Orellana, 2016, p. 144). León Chiriví, por su parte, considera que no importa tanto la forma en que se remunere la prestación, si no que efectivamente exista una remuneración por los servicios prestados (2015, p. 170).

En este aspecto, se tiene que Uber opera principalmente con pago mediante tarjeta de crédito, pero en Colombia, también se acepta el pago en efectivo; en el primer caso la empresa recibe el cargo y, posteriormente, de manera quincenal se le hace la consignación al conductor de lo que le corresponde por los viajes realizados; en el segundo caso, al hacer la consignación al conductor, la empresa descuenta el valor de aquellos que ya han sido cancelados previamente en efectivo. Para el caso colombiano la empresa recibe como ganancia, por cada viaje realizado, el 25% de la tarifa

cobrada, la cual es descontada del monto que se le paga al conductor por cada viaje efectuado. Por lo tanto, no resultaría del todo cierto el hecho que Uber es un mero intermediario entre el conductor y quien toma el servicio, pues éste último no le paga directamente al conductor, salvo en los casos de pago con efectivo, en virtud de ello es la empresa quien recibe el pago del servicio y posteriormente procede a pagar a cada conductor, tal como sucede en una empresa normal.

### **3.2.3 Subordinación en la economía colaborativa, ¿sUBERdinación?**

- **Dirección**

Para Vásquez Vialard (1981), “las funciones de dirección del empresario se justifican no tanto en el hecho de ser dueño de los bienes y derechos que constituyen la infraestructura empresarial, sino el de haber sido su organizador o creador y tener a su cargo la coordinación de los diversos elementos necesarios para alcanzar el objetivo social” (Citado en: López Fajardo, 2014, pp. 141-142). El poder de dirección del empleador se verifica en el trabajo desarrollado por el empleado bajo una dependencia, una dirección o una vigilancia de otro (López Fajardo, 2014, p. 142).

En virtud de la definición de subordinación jurídica que contiene el elemento de dirección, se comprenden dos aristas: la facultad de dar órdenes del empleador y la obligación del empleado a respetarlas y ejecutarlas (León Chiriví, 2015, p. 155; Orellana, 2016, p. 136). No obstante, se ha afirmado que este poder de dirección, traducido en la facultad de dar órdenes e impartir instrucciones no es absoluto, igualmente se afirma que “si por la naturaleza del servicio que se presta, o por voluntad del empleador o por pericia del trabajador, tales órdenes no se dan de manera permanente o no existe reglamento de trabajo, no por ello la relación jurídica desaparece, ni las normas laborales dejan de protegerla.” (Orellana, 2016, p. 55), en consecuencia, “lo importante no será cuánto control el empresario ejerce, sino cuánto control el empresario se reserva a ejercer” (Todolí Signes, 2017, p. 55). Así pues, el empleador tiene la facultad de dar órdenes y hacer seguimiento de su cumplimiento en cualquier momento durante la ejecución del contrato, por otra parte, el empleado tiene el deber de cumplir lo estipulado contractualmente y acatar las instrucciones dadas por su empleador.

No obstante, tal facultad no debe entenderse en un sentido demasiado amplio, pues debe tenerse en cuenta que, en otras formas de contratación ajenas al derecho laboral tales como el contrato de prestación de servicios, también existen elementos de dirección, vigilancia o control, como cuando el contrato está a cargo de un supervisor o interventor. En ese sentido se ha manifestado

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 16062 de 2001, al indicar que “la existencia de un contrato independiente civil o comercial en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, desde luego que tampoco la sola existencia de estos elementos permite concluir, de manera automática, la existencia del contrato de trabajo” (León Chiriví, 2015, pp. 165-166). A pesar de ello, Santoro-Pasarelli (s.f.) considera que la aplicación de directivas y órdenes son un importante criterio distintivo entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo (Citado en: Manrique, 2013, p. 128). Ante tal tensión, debe remitirse entonces al caso particular, para determinar si allí el poder de dirección traducido en órdenes e instrucciones constituye un elemento importante para la identificación de la subordinación o no. Resulta válido traer a colación lo manifestado por Pérez García, quien considera que “la subordinación puede revestir diferentes grados, dependiendo del tipo de labor manual, técnica o de orden especulativo que se realice. Se pueden presentar situaciones en las cuales, dada la tecnología utilizada o los medios informáticos que se emplean en el mundo actual, ese poder, aunque exista, es casi imperceptible, como también sucede en otras relaciones laborales como la del trabajo a domicilio” (2016, p. 160).

Ahora bien, el poder de dirección del que se habla se materializa en la fiscalización, el control y la vigilancia que ejerce el empleador durante la relación laboral (Orellana, 2016, p. 150). Sin embargo, en las dinámicas actuales, y teniendo en cuenta el escenario que se ha planteado en el presente, es válido resaltar que se están presentando cambios en el ejercicio del poder por parte del empleador (Goldin, 2018, p. 10), así las cosas, se pasa de un empleador que se encontraba presente en el proceso de producción, a un empleador que no está tan presente en la vigilancia y el control, pero que conserva sus facultades de dirección y control y las usa en cualquier momento, un empleador que a pesar de no estar físicamente, sí se manifiesta mediante otras formas de control y vigilancia que, para el caso de las plataformas digitales, se materializan en ese panóptico virtual que es la red, donde la vigilancia es constante dada la facilidad de ubicación por sistemas satelitales de geolocalización y dada la firme presencia del cliente que tiene a su cargo la evaluación del servicio, lo cual, finalmente, representa una delegación de la facultad de control en el cliente (Todolí Signes, 2017, pp. 54-55). Así pues, como se indicó en líneas superiores, a pesar que el modelo de las nuevas formas de trabajo no contemplan a un supervisor que está dando órdenes constantemente, como si se tratase del clásico capataz, sí se advierte que, en las plataformas digitales la supervisión está dada, en una parte, por el cliente, por lo que se considera que “el nivel de monitorización del trabajo que reciben los trabajadores en este tipo de plataformas es mucho mayor que los trabajadores

tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento y sin coste alguno para la empresa” (Sprage, 2015. Citado en: Todolí Signes, 2017, p. 55); de otra parte, a través del control permanente que permite la geolocalización del trabajador de la aplicación. En efecto, la mayoría de la doctrina considera que se está ante un nuevo tipo de subordinación que se deriva de las nuevas tecnologías, en las cuales el control del trabajo se realiza de manera diferente, pero el resultado sigue siendo el mismo (Todolí Signes, 2017, p. 65), de manera que la mencionada delegación de la supervisión en el cliente no obsta para que no se pueda predicar la subordinación y laboralidad del vínculo establecido con la plataforma.

Igualmente, la dirección se evidencia en las instrucciones y directrices que da Uber sobre cómo realizar el trabajo. La aplicación más que ser una empresa multinacional, se ha convertido en una marca mundial, en virtud de ello, tiene un nombre que debe proteger, de suerte que la empresa dicta ciertas instrucciones y directrices a sus conductores con el fin de que se preste un servicio excelente al usuario, ello en consecuencia con sus políticas de calidad, pues se hace necesario estandarizar el servicio bajo su marca (Todolí Signes, 2017, p. 150). Tales instrucciones, sumadas con un poder disciplinario de sanción por su incumplimiento permitirán dotar de tintes laborales la prestación del servicio en la aplicación. En el caso colombiano Uber sanciona a sus conductores cuando tienen determinado número de calificaciones negativas o cuando cancelan determinado número de servicios en línea, o dentro de un período de tiempo específico, dicha sanción puede ser la suspensión temporal en la aplicación, de tal manera que no se pueda acceder a más servicios durante algunos minutos. En ese orden de ideas, el control que realiza Uber, a través de su software y sus clientes, resulta ser muy superior al que lograría un simple supervisor. Así pues, toda esa información que recoge la aplicación sobre el proceder del conductor representa un medio de presión (Cingolani, 2016, p. 43), así como también un medio de determinación de su comportamiento.

#### ▪ Poder Disciplinario

El poder disciplinario, como arista del poder de dirección, se entiende en la capacidad que tiene el empleador para imponer sanciones derivadas del incumplimiento de los términos del contrato o por conductas que considere puedan afectar el desarrollo del negocio. Para el caso de Uber, en el caso de obtener evaluaciones negativas, la empresa puede desactivar al conductor de manera que no pueda trabajar más bajo la marca (Todolí Signes, 2017, p. 49), pues dado que la reputación de la empresa depende del servicio prestado, ello justifica que se desactive a quienes no tengan una calificación alta (Todolí Signes, 2017, p. 52), lo anterior, va a supeditar, indudablemente, el

comportamiento del conductor, que deberá prestar el mejor servicio posible con el fin de obtener una buena calificación, teniendo en cuenta que algún retraso en el viaje, algún comportamiento inadecuado o alguna ruta que tome que no sea la más expedita podría condicionar su calificación. Ello no es más que una muestra del poder disciplinario del empleador, tal como si se tratase de la tradicional fábrica y del tradicional trabajador subordinado al cual, suponiendo que ha tenido comportamientos reprochables o un rendimiento insatisfactorio, se suspende de sus labores por determinado tiempo o incluso se le despiden del puesto de trabajo.

- Lugar de trabajo

El lugar donde se presta el servicio también es considerado como un indicador de subordinación (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 283), sin embargo, debe tenerse en cuenta que tanto en el trabajo a domicilio, como en el teletrabajo, puede existir subordinación y relación laboral, sin que sea posible determinar la existencia de un lugar fijo de trabajo en dichas actividades, tal como lo representa la fábrica. De esta manera, el hecho que un conductor de Uber no lleve a cabo su actividad en el marco de una oficina o un espacio fijo, no puede representar, *per se*, un elemento descalificador de la relación laboral. Independiente de lo anterior, podría determinarse como el lugar de trabajo de un conductor de Uber su automóvil, pues es allí donde realiza la labor que determina la aplicación. Asimismo, la plataforma digital representa ese espacio virtual donde interactúa quien presta el servicio, la empresa y el usuario, lo que no implica que, por ser un escenario intangible, deba descartarse la existencia de un lugar donde se desarrolla la labor, pues es a través de dicho espacio virtual, y gracias a éste, que el trabajador puede llevar a cabo sus encargos y puede relacionarse tanto con la empresa como con los usuarios, siendo entonces un escenario que permite una interacción entre las diferentes partes de la relación y no un simple espacio vacío y abstracto.

- Medios de producción, riesgos y utilidades

Igualmente se considera que la subordinación puede determinarse a partir del establecimiento de quién es el dueño de los medios de producción, pues si los medios de producción pertenecen a quien lleva a cabo el trabajo sería fácil advertir que dicha persona sería un independiente o un autónomo, pues estaría empleando sus recursos para su propio beneficio; caso contrario sucede cuando es el empleador quien proporciona al empleado los medios para que lleve a cabo las labores por las que fue contratado. Al respecto, se ha afirmado que “La dependencia consiste en la obligación que tiene el empleador de suministrarle al trabajador los elementos necesarios para que éste pueda

desempeñar a cabalidad la labor para la cual fue contratado, por ejemplo, oficina, escritorio, silla, teléfono, computador, libros, papelería, herramientas y elementos de protección entre otros” (Gómez Escobar, 2007. Citado en: León Chiriví, 2015, pp. 156-157). De esta forma podría decirse, en principio, que el conductor que presta sus servicios para Uber es un independiente y que la plataforma es, en efecto, una intermediaria entre el usuario y quien presta el servicio, teniendo en cuenta que Uber no tiene una flota de automóviles ni contrata conductores para dicha flota, si no que la empresa parte del hecho que sus socios conductores hagan el trabajo (Todolí Signes, 2017, p. 48) y aporten el automóvil para ello. Bajo este panorama, se desprende que el conductor es el dueño de los medios mediante los cuales presta el servicio, es decir, el conductor es quien pone el carro para poder trabajar en la aplicación, reafirmando entonces esa condición de independiente y ese estatus de no ser empleado de Uber, pues los medios de producción los pone él y no la empresa, además los costos relacionados con el mantenimiento del vehículo los asume el conductor y no la plataforma.

Sin embargo, se ha contemplado que para los casos de las plataformas digitales de economía colaborativa es la tecnología el verdadero medio de producción, pues “La inversión en la tecnología que crea la plataforma virtual es realmente la parte costosa de los medios de producción, por ello, en comparación, los materiales aportados por el trabajador son insignificantes” (Rogers B., 2015. Citado en: Todolí Signes, 2017, p. 59) por lo tanto, no podría considerarse a los conductores como independientes por el sólo hecho que son ellos quienes ponen su propio vehículo para desarrollar la actividad cuando lo realmente importante es la plataforma como pilar del negocio. De lo planteado se asume que la marca bajo la cual operan es el único medio de producción relevante en la relación entre la empresa y el conductor. Esto es así, pues los usuarios que solicitan el servicio no acuden a la plataforma buscando a determinada persona para que los transporte, sino que acuden a ella al amparo de la confiabilidad que le genera la marca y su posicionamiento en el mercado, lo cual determina que indudablemente dicho conductor no pueda ser considerado un independiente, sino que depende de la empresa para poder operar, de suerte que debería considerarse el conductor como un trabajador, pues se observa que realmente es “un trabajador individual que presta servicios de forma personal bajo el paraguas de una marca que le es ajena y siguiendo un manual de instrucciones impuesto por la empresa principal, tiene serios visos de considerarse un trabajador laboral” (Todolí Signes, 2017, p. 60). Para Todolí Signes “los consumidores no acuden a Uber porque tenga un listado de personas que pueden proveer diferentes servicios, sino que acuden a Uber para obtener un servicio de transporte” (2017, p. 52). Así las cosas, el conductor de Uber, o quien opere a través de una aplicación digital de *crowdsourcing* específico, lo hará gracias a la plataforma, al reconocimiento de

la empresa y bajo su marca, lo cual determinará que beneficie o perjudique a la empresa, tal como lo haría un trabajador en virtud de un contrato de trabajo (Todolí Signes, 2017, p. 61).

De lo anterior, se evidencia que, dado que el conductor opera para una marca y no para sí mismo, no es dable predicar que perciba utilidades o asuma los riesgos de la operación. Si bien el conductor recibe un pago por la actividad que desarrolla, éste no puede contemplarse como la utilidad relevante en el negocio, pues es realmente la empresa la que está generando las utilidades al descontar un porcentaje de la tarifa de operación, lo que, a gran escala, produce valor en la actividad desarrollada. Si se tratase de trabajadores independientes la utilidad necesariamente sería adjudicable a éstos, pero en el marco del *crowdsourcing* específico son las empresas las que se benefician de la actividad de sus trabajadores, de esta forma, también lo contempla Pedro Irureta, quien afirma que si la plataforma “no hiciera suyos los resultados de la actividad del trabajador, entonces podría prefigurarse un trabajo por cuenta propia, cuestión que tendría que excluirse del ámbito de aplicación del Código del Trabajo.” (2014, p. 272). En ese sentido, es válido mencionar algunas apreciaciones consideradas al respecto, en las que se indica, en similar dirección, que “el trabajo es subordinado y por cuenta ajena en tanto que el trabajador traslada al empresario las utilidades susceptibles de valoración económica que se originan por la actividad personal que desarrolla” (Manrique, 2013, pp. 67-68), mientras que, de otra manera, “El trabajador independiente o autónomo desarrolla su actividad por cuenta propia de manera que los rendimientos y beneficios generados por el trabajo que ha desarrollado autónomamente ingresan a su patrimonio de manera directa” (Manrique, 2013, p.144), en virtud de ello el compromiso que asume el trabajador de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador resulta fundamental en la definición de la relación laboral (Ojeda Avilés. A., 2007. Citado en: Sierra Benítez, 2015, p. 4).

Por otro lado, es necesario remitirse a la cuestión de los riesgos, pues si la empresa es quien percibe las utilidades, es ésta la que debería asumir los riesgos de la operación. Al respecto, se afirma que “Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir por la ajenidad” (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, pp. 285-286). Ahora bien, para el caso de Uber, se tiene por una parte el riesgo que existe para el conductor relacionado con su carro y lo que

le pueda suceder a éste, además de los gastos que tiene que incurrir en mantenimiento y gasolina; por otra parte, el riesgo de la empresa con relación a su marca y la reputación que depende exclusivamente del servicio prestado por sus conductores. En ese entendido, ponderando ambos riesgos puede determinarse que dado que la marca resulta ser mucho más valiosa que el automóvil en el que se lleva a cabo la labor, el mayor riesgo lo asume la empresa, que no puede dejar a la deriva lo que suceda con su marca y prestigio, pues de ello dependerá su posicionamiento en el mercado.

Con todo, vale la pena hacer mención a un riesgo que asume directamente el conductor y que se agrava producto de la negación de laboralidad que sostiene Uber al no aceptar su categoría de empleador, esto es, el riesgo laboral por accidentes o enfermedades. Ciertamente, la actividad que desarrolla un conductor de Uber contempla la posibilidad de un accidente de tránsito, para el cual, si bien existen seguros obligatorios de responsabilidad civil y seguros voluntarios para accidentes, el hecho de contar con una administradora de riesgos profesionales que asuma alguna de las contingencias derivadas de un accidente o enfermedad laboral significaría una mayor garantía de protección al conductor, más aún si se tiene en cuenta que se trataría de una norma laboral que por ser de orden público debería prevalecer, incluso, sobre los seguros civiles para asumir la desprotección en la que pueda incurrir el conductor después de un accidente. Tal caso, se puede observar igualmente en Rappi, aplicación que como se ha mencionado se caracteriza porque quienes trabajan para ella, son una especie de mensajeros que, en la mayoría de los casos, se movilizan en bicicleta, lo cual los hace más susceptibles de ser atropellados por un carro, sin que tengan el amparo de una administradora de riesgos laborales, pues al igual que Uber, la empresa niega su condición de empleadora. La situación expuesta, es sólo una de las causas que deben motivar a la determinación de laboralidad de estas plataformas en ciertas condiciones, pues esa desprotección a la que están sujetos quienes trabajan para ellas desdibuja la función del Estado Social de Derecho y su deber de amparo.

- Horario

Para algunos autores, e incluso algunos pronunciamientos de las Cortes, el horario establecido no representa un signo constitutivo de subordinación que, por sí sólo, signifique la declaración de laboralidad de una relación, pues se ha considerado que existen contratos comerciales y civiles en los que se hace necesario establecer un horario de entrada y salida de acuerdo con el giro ordinario de los negocios que se llevan a cabo (León Chiriví, 2015, p. 163), sin embargo, sí debe entenderse que la presencia de un horario es un buen punto de partida para establecer que

determinada relación se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho del trabajo. El debate en torno al horario es interesante pues se pueden presentar diferentes situaciones como: a) que un contrato civil o comercial tenga un horario establecido sin que ello signifique que exista una relación laboral subyacente; b) que un contrato civil o comercial tenga un horario establecido y que por ello, y otros elementos más, se pueda determinar que en el fondo subyace una relación laboral que está siendo ocultada por la denominación contractual civil o comercial; c) que exista una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo en el cual no se tenga establecido un horario; y d) que exista una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo en el cual se haya establecido un horario de trabajo, lo cual resulta ser la consideración fáctica más común y asimilada.

En el marco de la flexibilidad laboral, los horarios constituyen un elemento que puede flexibilizarse dentro de la relación con el fin de aumentar la productividad de la empresa y permitir, además, que los empleados puedan acomodar sus horarios a otras actividades extralaborales que lleven a cabo, tales como estudiar, descansar, disfrutar el tiempo libre, compartir en su espacio familiar, entre otras. En virtud de dicha facultad flexibilizadora, es común que cierto tipo de empresas permitan horarios flexibles dentro de su organización, tal es el caso más común en multinacionales de comidas rápidas tales como McDonald's, Starbucks, KFC, entre otras. Adicionalmente, en nuevas modalidades de contratación como el teletrabajo, el horario ha constituido también un elemento flexible que permite al trabajador desempeñar sus labores de acuerdo a su arbitrio o dentro de una jornada menos rígida, lo que no obsta para que la relación no sea considerada como laboral pues téngase en cuenta que la modalidad de teletrabajo, a pesar de flexibilizar temas como el horario y la locación donde se presta el trabajo, aún conserva las garantías contempladas en virtud de un contrato de trabajo clásico con jornada y lugar de prestación del trabajo definidos.

Sin embargo, el horario ha sido considerado también como criterio importante al momento de establecer la relación laboral, en efecto, cuando este elemento no es identificable a primera vista dentro de una relación se tiende a considerar que no hay un vínculo laboral susceptible del amparo del derecho del trabajo, sin siquiera hacer una revisión de otros elementos. Es por ello que, en el contexto de la economía colaborativa, la actividad que llevan a cabo quienes prestan sus servicios para las plataformas digitales de *crowdsourcing* específico es considerada como ajena a los terrenos del derecho laboral, dada la ausencia de un horario establecido. En virtud de ello, la actividad

desarrollada en tales aplicaciones es descartable, *prima facie*, para ser objeto de análisis de laboralidad, pero, tal como se ha comentado, la ausencia de horario no es suficiente para excluir una relación del amparo del derecho del trabajo, así como tampoco es determinante su presencia para concluir que existe un vínculo laboral.

Cómo ya se mencionó anteriormente, uno de los atractivos que ofrece Uber, y la mayoría de las aplicaciones de *crowdsourcing* específico, es la flexibilidad horaria y la posibilidad que tiene el conductor de elegir cuándo y cuánto trabajar, de suerte que tal actividad resulta “incompatible con las viejas regulaciones sobre jornada, horarios, descansos y vacaciones existentes” (Todolí Signes, 2017, p. 67), lo que permite que, en un primer análisis, escape al radar del derecho del trabajo. Empero, el hecho de elegir cuándo y cuánto trabajar tiene consecuencias de diversas consideraciones. Imagínese, por un lado, una persona A que tiene un trabajo de oficina de 8:00 a 17:00, bajo los parámetros del tradicional contrato de trabajo, dicha persona se afilia a Uber y decide activarse en la aplicación después de su horario normal de trabajo, conduce dos o tres horas y luego se va para su hogar. Por otra parte, se encuentra una persona B que no tiene un trabajo formal o se encuentra desempleada, en ese sentido, dicho conductor, probablemente, manejará en Uber desde las 6:00 hasta las 18:00, hasta las 20:00, hasta las 22:00, o hasta que haya completado una cuota mínima diaria que le permita sostenerse económicamente. En consecuencia, la motivación que lleva a la persona A a afiliarse a la plataforma digital puede ser completar algún dinero para pagar algunas deudas o tener algún ingreso extra (tal como lo indica la aplicación); mientras que la persona B, se afilia a la plataforma porque al estar sin un empleo estable, o encontrarse desempleada, debe encontrar la manera de subsistir, en ese sentido ella sabe que entre más trabaje más grande será la remuneración que perciba, lo cual permitirá abarcar todos sus gastos y tener una mejor calidad de vida, pero, para poder lograr ello, tendrá que trabajar incluso más allá de la jornada máxima laboral contemplada por el ordenamiento jurídico, de suerte que esa libertad y autonomía de horario se convertirá en una imposición para el conductor determinada por la misma necesidad de su condición económica y social, factores éstos que no parecen ser contemplados bajo la mirada de la flexibilidad laboral y el análisis de laboralidad.

Así pues, en los casos presentados, la persona A se beneficia de la flexibilidad de la aplicación y conduce cuando quiere para obtener algunos ingresos adicionales; pero, B conduce porque lo necesita, porque en un escenario de desempleo es una opción eficaz para procurarse su

sustento, en virtud de lo cual, B tendrá un horario condicionado no por su autonomía y libertad, sino por la inminente necesidad de extender al máximo la jornada laboral y procurarse su sustento, incluso superando los límites legales. Por tanto, para el caso de B, la autonomía y libertad pregonada como la gran maravilla de las aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico quedan supeditadas a esa necesidad del conductor, de la misma forma en la que el trabajador subordinado que, aunque entra a trabajar voluntariamente a una empresa, lo hace condicionado a una necesidad de trabajar para obtener los ingresos que aseguren su calidad de vida y subsistencia. En igual sentido, lo considera Todolí Signes, quien afirma que:

los trabajadores necesitan complementar sus ingresos con otras formas de trabajo alternativas, en este caso, recurriendo a trabajos flexibles, donde pueden prestar servicios solamente en el tiempo libre. Sin embargo, esta flexibilidad no puede verse como ventajosa para los trabajadores desde el momento en el que muchos de ellos cuentan con jornadas completas de trabajo a lo que, además, deben sumar más horas de trabajo. Por ello, estas personas no están libremente eligiendo este tipo de trabajo, sino que los bajos salarios fuerzan a aceptar este tipo de situaciones. (2017, pp. 35-36)

En efecto, vale la pena mencionar que:

se han realizado estudios que demuestran que, en estas plataformas, los trabajadores, con independencia de la retribución por tarea, van a trabajar hasta que obtengan las ganancias que se proponen (mínimo de subsistencia). Es decir, dado que tampoco se aplican reglas sobre jornada máxima, los trabajadores, aunque estén percibiendo salarios por debajo del mínimo de subsistencia, aceptarán la tarea y, simplemente, continuarán trabajando, las horas que sean necesarias, hasta que alcancen las mínimas ganancias que les permitan sobrevivir. (Horton, J. y Chilton, L., 2010. Citados en: Todolí Signes, 2017, p. 35)

Incluso, se ha observado que aquellos que, como la persona A, ya tienen un trabajo estable ingresan a las plataformas virtuales para obtener ingresos más sólidos (Teodoro, R. 2014. Citado en: Todolí Signes, 2017, p.35) y el hecho que su horario no esté condicionado por su necesidad o condiciones particulares no obsta para que se omita el análisis de laboralidad a partir de los otros indicios.

En suma, la flexibilidad laboral ha constituido un hábitat óptimo para el desarrollo y crecimiento de la economía colaborativa, en especial el *crowdsourcing* específico, traducido en el reconocido éxito que aplicaciones como Uber han tenido dentro del mercado y aquellas que están creciendo a la par como Rappi, Cabify, Deliveroo, etc. De esta manera, las plataformas aparentan brindar una autonomía y libertad para prestar el servicio, lo que les permite burlar el ámbito de protección del derecho del trabajo, cuando lo que está sucediendo, en realidad, es una total distorsión de los presupuestos de la flexibilidad laboral, pues realmente esa libertad y autonomía resultan ser sinónimos de una flexibilidad absoluta en el elemento horario, la cual es tan elástica que distorsiona cualquier indicio de laboralidad en la relación entre quienes están afiliados a la plataforma digital y la empresa, pero, a su vez, permite que las personas se vean interesadas en afiliarse en la aplicación para prestar sus servicios, obnubilados por premisas de flexibilidad y autonomía que ocultan una realidad distinta.

Así las cosas, “en la medida en que el avance tecnológico siga provocando la sustitución de mano de obra por tecnología, es dable suponer que disminuirá la masa horaria o el total de horas trabajadas. Esto provocará liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación” (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 279), lo anterior no debe implicar que, dada la elasticidad de horario y la difusa subordinación, la relación subyacente entre las plataformas digitales y quienes prestan los servicios no deba ser considerada como laboral, toda vez que tales apariencias lo único que hacen es ocultar una situación que en el segundo plano tendrá serios efectos a nivel social. Adicionalmente, bien lo afirma Todolí Signes al indicar que: “las plataformas virtuales decidan permitir que los trabajadores elijan su jornada de trabajo y su horario – dado que las nuevas tecnologías hacen innecesario dictar instrucciones en ese respecto- no implicará que el trabajador pase a ser independiente” (Todolí Signes, 2017, p. 56). En definitiva, si se acogiera taxativamente la tesis de afirmar que el horario de trabajo constituye, *per se*, subordinación laboral, fácil sería para el empleador no imponer horarios y dejar a consideración del empleado cuándo trabajar, teniendo en cuenta que dada la necesidad que tiene el trabajador, éste procurará trabajar la mayor cantidad de tiempo, pues su remuneración será directamente proporcional al tiempo que trabaje, de manera que el horario no estaría impuesto por el empleador, sino que sería la necesidad la que estaría imponiéndolo, por lo que no sería dable descartar en ese sentido el horario como determinante de la subordinación únicamente cuando ha sido preestablecido

de antemano, pues como se ha manifestado, éste puede depender de ciertas condiciones que no deslaboralizan la relación.

Retomando nuevamente la referencia hecha acerca de la flexibilidad horaria en multinacionales de comidas rápidas, resulta importante mencionar que en algunos de estos restaurantes los horarios varían entre 4 y 8 horas, sin perjuicio de que se le solicite al empleado trabajar horas extras. Tales horarios dependen de los estudios de productividad del restaurante realizados para cada hora y el número de transacciones que se realizan en dicho lapso. Sin embargo, a pesar de tal flexibilidad horaria, es común que los empleados programados para trabajar 4 o 5 horas soliciten constantemente que les programen turnos más largos, en consideración a que necesitan pagar sus estudios o tienen compromisos económicos que deben asumir, por lo que se puede advertir que es finalmente esa necesidad la que motiva a la persona a trabajar más a pesar de la pregonada flexibilidad laboral, de suerte que los horarios, así no estén establecidos por las plataformas digitales, sí se encuentran implícitamente determinados en virtud de la necesidad del trabajador, tal como se observa en el caso mencionado de los restaurantes. Ahora, no sólo el empleado busca acomodar esa flexibilidad con el fin de obtener mejores condiciones para sí mismo, sino que las empresas ven en ese carácter elástico de la flexibilidad, una oportunidad para flexibilizar al máximo los elementos de los contratos, amparados bajo las promesas de autonomía y libertad, entre más flexibilidad se le permite al empresario, más flexibles van a querer ser cada vez más, pues a mayor grado de flexibilidad, mayor productividad tendrán.

- **Apreciaciones adicionales**

Recapitulando lo anterior, en el modelo de Uber la subordinación se encuentra un poco difusa pues, como ya se mencionó, la aplicación ofrece flexibilidad en horarios, en formas de ejercer el trabajo y en ausencia de jefes, pues cada conductor es “su propio jefe”. A pesar de ello, no es del todo cierto que exista flexibilidad en la forma de ejercer el trabajo, en darse sus propias órdenes y en el horario que manejan, pues “que exista cierta libertad en la ejecución de forma inherente al tipo de trabajo ello no va a desvirtuar la relación subordinada” (Todolí Signes, 2015, p.11). Ello se explica afirmando que el hecho que las aplicaciones permitan a sus trabajadores establecer sus horarios no hace al trabajador independiente, pues “la empresa podría en cualquier momento dictar nuevas instrucciones y los trabajadores deberían obedecer” (Todolí Signes, 2015, p. 11). Lo anterior, evidencia que permanece esa relación de verticalidad que caracteriza el elemento subordinación en

el ordenamiento colombiano y que Uber tiene el poder de dirección sobre el conductor respecto a la imposición del horario, que, aunque no lo ejerce, pues le da libertad al trabajador de establecerlo, sí está en manos del empleador. Ahora bien, ese horario flexible se puede convertir en un horario necesariamente forzoso, entendiéndose por ello casos en los que el conductor si bien tiene libertad de elegir cuanto tiempo trabaja, se ve obligado a trabajar determinado número de horas para asegurar sus condiciones mínimas de vida, pues es claro que Uber no sólo es una herramienta de la economía colaborativa, sino que se convierte en una opción de empleo para aquella alta cifra de personas que se encuentran desempleadas y ven en la aplicación una salida laboral y económica que soporte sus gastos. Así pues, éstas tendrán que permanecer un mínimo de horas trabajando en la aplicación para asegurar un ingreso mínimo que le permita su sustento, lo cual convierte ese horario en necesariamente forzoso.

Pero no sólo el horario es condición para determinar subordinación, sino también que exista un control por parte de la empresa en las condiciones del trabajo, la forma de llevarlo a cabo, sanciones, etc. Se ha considerado entonces que sí existen algunos puntos que evidencian control por parte de la empresa, a pesar de esa libertad que se otorga, “se observa que la plataforma virtual retiene gran parte del control sobre la forma en la que se presta el servicio. En efecto, en las plataformas que se dedican a un negocio concreto, la empresa propietaria de la plataforma, y la marca, tiene interés en que el servicio se preste correctamente, dado que su marca distintiva depende de ello” (Todolí Signes, 2015, p. 6). En ese mismo sentido, existen algunos elementos de control del trabajo, normas de conducta y criterios de evaluación, los cuales podrían suponer una especie de subordinación, “para mantenerse por encima de determinada calificación, los conductores necesitan ser amigables y posiblemente un poco serviciales” (Rogers, 2015, p. 97). Así pues, la calificación que hacen los usuarios al finalizar cada viaje representa una forma para determinar cómo el conductor debe realizar su trabajo, pues de alguna manera está supeditado a ciertos parámetros de comportamiento que le permitan tener un buen promedio de calificación, toda vez que sí se encuentran por debajo de determinada cifra son bloqueados por la aplicación y en ocasiones pueden llegar a ser desactivados de la misma (Poquet Catalá, 2018). De igual forma, se entiende el reconocimiento de Uber como la autoridad, ella hace publicidad por ella y no por cada conductor y en relación con sus manejos comerciales, se ha entendido que:

Uber mantiene la capacidad para modificar el porcentaje de cada trayecto que los conductores abonan a Uber, así como las condiciones del servicio. En este punto, según reiterada jurisprudencia de la sala social del Tribunal Supremo, la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender es un claro indicio de laboralidad. (Ginès i Fabrellas y Gálvez Duran, 2016, pp. 23 - 24)

Así las cosas, se puede observar que sí existen algunos puntos que podrían determinar un vínculo laboral entre Uber y sus conductores, ya lo han establecido autoridades como el Noveno Tribunal del Circuito de California (O'connor vs Uber Technologies, 2015); Reino Unido ("Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others -V- Uber", 2016); y Brasil (Todolí Signes, 2017b), de suerte que las consideraciones de dichas experiencias, más lo que se puede extraer de la doctrina extranjera especializada permiten dar claras luces sobre la situación en Colombia y evidenciar un efectivo vínculo laboral entre la plataforma y sus conductores. En ese sentido, "aunque la organización del trabajo dé, hoy en día, cierta cabida a la personalidad y permita un mínimo de autoexpresión, esto no es inherente a su naturaleza, sino que lo hace accidentalmente. La autonomía y la autoexpresión auténticas son otra cosa. consisten en regirse por las leyes que uno mismo se dicte y según los objetivos y medios que uno mismo se dé" (Méda, 1998, p. 133) y como se ha apreciado en Uber los objetivos no los determina el conductor por tanto no existiría tanta libertad ni tanta flexibilidad como para no suponerlo trabajador. Entonces, si bien las Cortes aún no contemplan una noción de subordinación que abarque nuevas formas de trabajo en las aplicaciones digitales, dicho concepto se puede enriquecer aún más, de manera que se abran las puertas a una protección del trabajo en plataformas digitales desde el principio de primacía de la realidad, teniendo en cuenta las nuevas realidades y formas de trabajo que se están gestando en la actualidad.

Respecto a la tensión que se genera entre quienes prestan los servicios para las plataformas digitales y las empresas que operan a través de estas aplicaciones se han efectuado varios pronunciamientos, alrededor del mundo, que valen la pena resaltar en el presente, toda vez que son pequeños pasos hacia una futura regulación desde el ámbito judicial y jurisprudencial. Así las cosas, en Francia, resulta destacable el caso de Florian Menard quien demandó a Uber France (Florian Menard Vs SAS UBER France, 2018) con el fin de que se le reconociera como trabajador de tal empresa, no obstante, el fallo judicial consideró que Florian Menard no era trabajador de Uber y, en

consecuencia, desestimó las pretensiones del señor Menard. En el estudio del caso Florian Menard vs. Uber France se tuvo en cuenta que el contrato firmado estipula que la empresa se encuentra en el negocio de la intermediación y no en el del servicio de transporte, pues como intermediaria pone en contacto a los conductores con los pasajeros; que el conductor es el dueño de su vehículo y se encuentra en la libertad de elegir las horas de trabajo y ajustarlas a su gusto; que la empresa no tiene control sobre los conductores durante las horas de trabajo y que éstos no tienen la obligación de permanecer conectados durante determinado tiempo; y, que el conductor tiene la libertad de rechazar los viajes, entre otras. Igualmente, en la sentencia del caso se cita el punto 13.1 del contrato entre el demandante y Uber que indica que: “Este no es un contrato de trabajo y no genera una relación empleador-empleado”. De lo anterior, vale la pena cuestionarse qué tan válida sea la referencia realizada sobre el contrato entre Uber y el conductor, pues no debería ser un argumento de peso el hecho que el contrato indique que, el mismo, no es un contrato de trabajo y no genera ningún tipo de relación laboral, ya se observó anteriormente, que más allá de lo que digan las formalidades deberá prevalecer la realidad.

Ahora, en España se puede rescatar el caso de Deliveroo, la cual es una empresa que opera bajo el mismo modelo de *crowdsourcing* específico, tal como lo hace Uber, la idea del negocio es la comercialización, venta y entrega a domicilio de comida que se prepara en los restaurantes afiliados a la plataforma, tal como lo hace Uber Eats. A quienes reparten los domicilios se les llama Riders y operan a través de una plataforma digital donde reciben los pedidos y son enrutados para su entrega. Allí, un empleado de Deliveroo demandó a la empresa aduciendo un despido injustificado, la procedencia de dicha pretensión implicaba que se hiciera un análisis de laboralidad y se determinara en primera medida si el solicitante era, o no, trabajador de Deliveroo. En efecto, el Tribunal consideró que el demandante era trabajador de la empresa y declaró la improcedencia del despido, condenando a Deliveroo a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones o, en su defecto, a la cancelación de una indemnización. Para lo anterior, el Tribunal reafirmó varios de sus pronunciamientos en donde manifiestan que aunque el vehículo que se usa para la prestación del servicio en las empresas de transporte sea propiedad del conductor la relación entre las partes permanece siendo de naturaleza laboral, toda vez que concurren las notas de remuneración, dependencia y ajenidad, resaltando además que la naturaleza laboral de la relación no se desvirtúa porque el trabajador aporte su vehículo, pues en tal relación lo fundamental no es el medio de transporte sino el trabajo personal del interesado. Igualmente, se tuvo en cuenta que la prestación de servicios presentaba rasgos de trabajo dependiente y por cuenta ajena; que el demandante seguía

órdenes e instrucciones sobre la forma en que debía realizar los repartos, el tiempo y normas de comportamiento que debía cumplir y, además, trabajaba bajo condiciones fijadas unilateralmente; que la empresa definía la zona en la que se debía trabajar; que si bien el trabajador elegía las horas para trabajar, éstas tenían que estar dentro de unas franjas horarias previamente definidas; que la empresa establecía los precios del servicio; que existía un control permanente de la empresa sobre el demandante, a través de geolocalización; que el trabajador carecía de libertad para rechazar pedidos y carecía de organización empresarial, pues era precisamente Deliveroo la dueña de la aplicación y de la estructura, entre otras (Juzgado de lo social número 6, 2018). Vale la pena resaltar el anterior caso, pues se observa poco a poco cómo los órganos judiciales, alrededor del mundo, van dando pasos en el reconocimiento de la laboralidad de las relaciones entre empresas de *crowdsourcing* específico y quienes trabajan para ellas.

La sentencia en mención sumada al caso O'Connor Vs. Uber, en Estados Unidos, representa un despertar de los tribunales en la búsqueda de la protección del trabajador de aplicaciones digitales de *crowdsourcing*, y un despertar en la conciencia colectiva de la verdadera identidad de tales aplicaciones, téngase en cuenta, además, que tanto la sentencia de Deliveroo como la de O'Connor Vs. Uber, están dirigidas contra dos aplicaciones distintas, que ofrecen servicios diferentes, pero que hacen parte del mismo modelo de economía: *crowdsourcing*, lo anterior, evidencia que, el presente, no es un debate únicamente contra Uber, sino contra las aplicaciones de economía colaborativa, clasificadas en el *crowdsourcing* específico, pues es allí donde las fronteras del derecho del trabajo se hacen confusas.

### **3.3 Adaptación a las nuevas realidades**

Si bien es cierto que la noción de subordinación ha sido entendida como aquel elemento determinante y que otorga fisonomía al derecho laboral, también resulta cierto el hecho que en la actualidad el concepto es insuficiente (Manrique, 2013, p.69) y es incapaz de abarcar las nuevas dinámicas en las que se está desarrollando el derecho laboral, toda vez que únicamente el trabajo subordinado, dependiente y por cuenta ajena es el que goza del amparo de este derecho (Manrique, 2013, p.126). Además, no es un factor exclusivo a la hora de hacer un análisis de laboralidad de un vínculo, pues es necesario verificar también “el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo.” (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 272).

Como se ha observado, no es nítida la relación que existe entre la forma en que se opera a través de las aplicaciones digitales de economía colaborativa y los elementos que determinan la existencia de una relación laboral, mucho menos es clara la medida de la subordinación que presentan estas nuevas formas de trabajo. Al respecto, se ha afirmado que “El trabajo moderno, a través de redes virtuales, se configura con una menor subordinación y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. Lo que puede conllevar a que no encaje con la definición de contrato de trabajo existente. De ahí que en este trabajo se sostenga que el fin del trabajador subordinado está a la vuelta de la esquina” (Todolí Signes, 2017, p. 149), sin embargo, que exista la posibilidad que el trabajador subordinado desaparezca, no puede llegar a significar que desaparezca también la protección del derecho del trabajo al trabajador en general, pues lo más posible no es que exista una desaparición del trabajador subordinado, sino una transformación en otro tipo de trabajador, con lo que la necesidad estribaría en la determinación del ámbito de aplicación del derecho laboral.

Ahora, Sierra Benítez considera que “la noción de dependencia tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación asalariada cuando ésta se realiza mediante las tecnologías de la información y telecomunicación, como en los casos del teletrabajo, trabajo a distancia o remoto, que son una manifestación de formas atípicas de empleo inmersas en el conocido proceso de descentralización productiva.” (2015, p. 14), en virtud de lo anterior, podría pensarse en una adaptación de dicho concepto respecto al trabajo ejecutado a través de las aplicaciones digitales de economía colaborativa, teniendo en cuenta que, la evolución del concepto de subordinación, el escenario de flexibilidad en el que se mueven las plataformas de economía colaborativa y la flexibilidad que se predica de los elementos de la relación laboral, pueden permitir que exista una flexibilidad en el análisis de la laboralidad que se adapte a las nuevas realidades y tenga en cuenta las nuevas dinámicas sociales y económicas, en concordancia, “actualmente no luce exacto afirmar, como antaño se sostuvo, que solo el trabajo subordinado merece el favor del derecho laboral; existen otras categorías, como las descritas, las cuales son acogidas por la Constitución Política y la doctrina.” (Manrique, 2013, p.79), ya se ha mencionado el caso del teletrabajo o el trabajo a domicilio, entre otras, y podría ser la hora de la protección al trabajo realizado a través de aplicaciones digitales de *crowdsourcing*.

Ante el problema que representan esas fronteras difusas de la subordinación en relación con la actividad realizada en las plataformas de economía colaborativa, se han planteado soluciones tales como la supresión del concepto de subordinación, para buscar convertir en laborales todas aquellas relaciones que se encuentran sin clara definición y se ha planteado la redefinición de dicho concepto (Perdomo, 2010). Por su parte, Sergio González propone: “Interpretar la subordinación de forma elástica (...) suprimir desde el origen la diferencia de protección entre uno y otro tipo de trabajos y, sobre todo, abandonar el criterio de que sólo el trabajador subordinado es merecedor de tutela” (1999, p. 42) e incluso se habla acerca de implementación de nuevos criterios que determinen la laboralidad de una relación, lo cual podría llenar de contenido el concepto o enriquecerlo para poder abarcar los nuevos trabajadores de la empresa digital. Se puede concluir entonces, que el consenso está en tomar la subordinación como elemento fundamental para la determinación de la relación laboral, pero, además, como elemento elástico que puede moldearse y adaptarse conforme van surgiendo nuevas formas de trabajo con el fin de abarcar los diferentes tipos de actividades.

Lo cierto es, que si bien existe una estructura y unos lineamientos claros para el momento en que se debe determinar la laboralidad de una relación, a través de la invocación del principio de la realidad sobre las formas, debe resaltarse que dicho principio resulta ser insuficiente para la protección de los derechos de aquellos que prestan sus servicios en las aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico, tales como Uber, pues, al menos en Colombia, el desarrollo jurisprudencial, de un lado, ha sido escaso en temas de plataformas digitales relacionadas con los aspectos laborales; de otro lado, la producción legislativa ha sido bastante tímida al respecto. En ese sentido, vale la pena mencionar que, para el caso colombiano, el 17 de agosto de 2016 se radicó en el Congreso el proyecto de ley No. 110 de 2016, con el que se pretendía regular el Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente, con el fin de:

ajustar la legislación laboral a las nuevas modalidades de trabajo colaborativo que prestan los servicios por medio de una herramienta tecnológica; en la medida en que los marcos de regulación existentes para la contratación de personal, es decir, el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios, no encajan en la naturaleza del trabajo prestado a través de herramientas tecnológicas. Lo anterior, porque quienes prestan dichos servicios lo hacen sin un horario fijo -similar a los contratistas independientes-, pero al mismo tiempo tienen restricciones impuestas por las herramientas informáticas (como la tarifa a cobrar), tal como sucedería en un contrato laboral cuyos componentes salariales

están previamente definidos en virtud de una relación de subordinación. (Congreso de la República, 2017a, p.13)

Así pues, en dicho proyecto se reconoce la necesidad de amparar el trabajo realizado a través de plataformas digitales, teniendo en cuenta que tal actividad no es posible encuadrarla en el contrato de trabajo, ni en el de prestación de servicios, por el hecho de presentar puntos en común con ambos y por encontrarse en una zona intermedia entre los contratos de servicios civiles y los de trabajo (Congreso de la República, 2017a, p.15), no obstante, se equivocan los redactores de la iniciativa de tal proyecto al indicar que la similitud con los contratistas independientes radica en el hecho de prestar los servicios sin un horario fijo, toda vez que, según lo que ya se expuso en líneas anteriores, el horario no es un elemento definitorio que permita identificar la existencia de un contrato de trabajo o la identificación de un contratista independiente, pues, así como hay contratos de trabajo sin horarios fijos, también existen contratistas que deben cumplir horarios en razón al giro ordinario de los negocios y las características del servicio que se presta. Por lo tanto, el legislador incurre en yerro al considerar crucial el horario para encasillar el trabajo en aplicaciones digitales como similar al de prestación de servicios y no similar al de trabajo y sustentar, a partir de allí, la regulación del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente – TRADE en Colombia.

Si bien el proyecto de ley se presentó inicialmente con el fin de clasificar a quien presta sus servicios para las aplicaciones digitales de economía colaborativa bajo la figura del TRADE (Congreso de la República, 2016a, p. 11; Congreso de la República, 2016b, pp. 7-17) vale la pena mencionar que dentro en el Informe de Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley 110 de 2016 se propuso realizar ciertas modificaciones al proyecto inicial, pues se consideró pertinente dejar de lado la figura de TRADE y, en su lugar, implementar la categoría de trabajador de economía colaborativa, el cual se encuentra definido como: “toda persona natural que suscriba o registre su nombre y contacto para ofrecer la prestación final del servicio ofrecido por la herramienta informática de economía colaborativa y que desempeña oficios o encargos de forma habitual, personal, directa y sin subordinación para usuarios finales” (Congreso de la República, 2017a, p. 26). Así mismo, el proyecto contempla la independencia jurídica y dependencia económica frente a la plataforma de economía colaborativa, se reconoce que no hay horarios fijos ni control por parte de las aplicaciones, se establece un pago de seguridad social que se hará con aportes iguales entre empleador y trabajador y se garantizan derechos de asociación y

mecanismos de negociación (Congreso de la República, 2017a, pp. 26-28). Lo anterior, resulta ser una alternativa más acertada pues define con mayor precisión a aquel que presta sus servicios para las aplicaciones digitales en la categoría de trabajador de economía colaborativa, sin embargo, tal propuesta cae en el error de considerar la economía colaborativa de manera general y tratar de abarcar todas sus diferentes clasificaciones, sin hacer el análisis de cada una de las facetas de la economía colaborativa, pues, como se expuso anteriormente, existen diferentes tipos de economía colaborativa, pero la que representa el desafío para el derecho laboral es el *crowdsourcing* específico.

Ahora, en el Informe para segundo debate del proyecto junto a la ponencia que ajustaba la iniciativa de ley en el sentido de brindar protección al trabajador de economía colaborativa, se presentó ponencia negativa en la cual se sugería archivar el proyecto 110 de 2016, entre las afirmaciones que sustentaban ello se encuentran, entre otras: que para el legislador no existen evidencias sobre las condiciones de inequidad respecto los trabajadores de aplicaciones digitales y, en el caso que sí existieran, no hay certeza que la ley logre superar tales condiciones; que el fenómeno de las plataformas digitales, al ser una cuestión de innovación y no de invención, no tiene la capacidad de derogar las instituciones contractuales; que no existe necesidad de crear una categoría de trabajador nueva si se tiene en cuenta que actualmente existen empresas que ofrecen servicios legales a través de aplicaciones y cumplen sus funciones como comerciantes, sin que ello conduzca a que sean necesarias nuevas categorías contractuales o tratamientos especiales, como los que se establecieron para pagar los aportes de Seguridad Social de los trabajadores de economía colaborativa. (Congreso de la República, 2017b, pp. 34-35). Aunado a lo anterior, el debate en particular de la aplicación Uber fue importante, toda vez que, teniendo en cuenta que el servicio no se encuentra autorizado en el país, se consideró que con el proyecto de ley se parecía estar legalizando a Uber por la puerta de atrás (Congreso de la República, 2017b, p. 30)., así pues, el tema de las aplicaciones digitales relacionadas con servicios de transporte presentó reticencia por parte de los congresistas encargados de estudiar y dar trámite al proyecto, éste resulta ser un tema bastante controversial y probablemente impopular para los congresistas, pues entrar a regular sobre ese tema significa afectar importantes sectores y gremios de la sociedad. En virtud de lo anterior, el Proyecto 110 de 2016 fue archivado y, al menos en un futuro cercano, la ausencia de reglamentación y la ambigüedad que rodea el proceder de las aplicaciones de *crowdsourcing* parecerá ser la nota característica en las nuevas formas de trabajo en Colombia.

De lo mencionado, se puede observar que la gran mayoría de argumentos con los que se buscó el archivo del proyecto referido se basan en un aparente desconocimiento de la economía colaborativa y de todos los modelos en los que ésta se clasifica, pues en los informes de ponencia se advierte que, en los debates, los congresistas hablan de las actividades que realizan las aplicaciones de transporte y las que ofrecen alojamiento como si se tratase de actividades similares, aplicaciones parecidas y tipos de economía colaborativa iguales. Así mismo, hacen alusión al hecho que existan aplicaciones en las que se ofrecen servicios y que actúan como comerciantes sin que ello signifique la necesidad de crear una nueva categoría contractual, lo cual evidencia, aún más, ese desconocimiento sobre la economía colaborativa, pues significa entender que, efectivamente, existen numerosas aplicaciones cuyas actividades se desarrollan en los campos civiles y comerciales sin ningún problema, pero representa no entender que las aplicaciones que requieren de esa intervención normativa son las que se enmarcan dentro del *crowdsourcing* específico, una arista más del vasto océano que es la economía colaborativa.

Más allá de crear una categoría nueva de trabajador, algunos consideran oportuno una reformulación, como tal, del derecho laboral, la cual implique abarcar un mayor colectivo de trabajadores, de manera que no sólo el trabajo asalariado, dependiente y subordinado sea el que goce del amparo de esta rama del derecho, sino que se tenga en cuenta además esa amplia gama de trabajadores que prestan sus servicios bajo diferentes figuras contractuales que también merecen la tutela del derecho laboral (Manrique, 2013, p.46), lo anterior, teniendo en cuenta que el actual derecho del trabajo pareció quedarse impávido ante la evolución de necesidades a las que respondía en sus inicios. En ese contexto, dentro de las propuestas para la reformulación del derecho laboral se coincide en afirmar que uno de los elementos que debe replantearse es la subordinación, ya sea para redefinirla; o para eliminarla. De un lado, se plantea la sustitución de la subordinación jurídica por otro concepto, como forma de redimensionar el derecho del trabajo (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 292), en consecuencia, se ha afirmado que debe atenuarse la valoración dada a la subordinación jurídica para pasar a acentuar en mayor medida la subordinación económica, ésta como “una nueva medida de determinación de la existencia de una relación laboral.” (Rivera Galvis, 2015, p. 90), ello, en el entendido de que se proteja a aquella persona que se encuentra en una debilidad económica sin importar si existe una relación laboral o si por el contrario se está frente a figuras alternativas o nuevas formas de trabajo. De esta manera, se lograría ampliar el ámbito de protección de las garantías al trabajador pues se le brinda más herramientas al juez para que tome su decisión, teniendo en cuenta que “siempre que se comprueba la existencia de la subordinación

jurídica en una relación laboral es notoria la existencia de una dependencia económica por parte del trabajador; pero la dependencia económica como se ha visto en el caso bajo estudio puede presentarse en una relación de trabajo que no implique la existencia de subordinación jurídica” (Rivera Galvis, 2015, p. 90).

En igual sentido, se ha pronunciado De los Heros Pérez-Albela, quien sostiene que ante las nuevas dinámicas productivas surge una necesidad de establecer un estatuto protector mínimo para aquellos que dependen económicamente (2016, p. 401), lo anterior, evidencia un nuevo sentido de protección al trabajador en el que se hace mayor énfasis, más que a la debilidad contractual, a la debilidad real que se traduce en el desequilibrio económico que, a final de cuentas, es la motivación principal con la cual el trabajador se subordina jurídicamente al empleador. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que “los criterios de la subordinación económica y de protección del contratante débil son complementarios y no sustitutivos del de la dependencia jurídica” (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 296), de suerte que quitarle valor a la dependencia jurídica para otorgárselo a la económica, produciría un desequilibrio asimilable al que se presenta cuando se determina que la dependencia jurídica resulta más determinante que la económica; por lo que, en pro de un equilibrio sería válido afirmar que ambos conceptos son fundamentales y que deberán ser analizados a la luz de cada caso particular, pues en algunos momentos será más influyente una y en otros, la otra.

El problema que representa para la subordinación jurídica las nuevas formas de vinculación, es la dificultad de la aplicación de los indicios tradicionales para el análisis de la relación laboral, tales como: cumplimiento de horarios de trabajo, asistencia al centro de trabajo del empleador, dirección y control, entre otros, omitiendo la capacidad que tiene la subordinación para ser el elemento calificador (Rivera Galvis, 2015, p. 60), por lo tanto, lo que se propone es rediseñarla o construir una categoría alternativa que mejor refleje las actuales realidades laborales de los trabajadores (Goldin, 2018, p. 7), en ese orden de ideas, en ese intento de crear categorías distintas para asegurar la protección de los sujetos trabajadores se pueden citar ejemplos, tales como: el trabajo parasubordinado, en Italia; el worker, de Inglaterra; el cuasi-empleado, en Alemania; y, el trabajador autónomo económicamente dependiente – TRADE, en España (Goldin, 2011, p. 3). En la misma dirección, Sanguineti Raymond cree necesario “superar la configuración actual del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica de la prestación de trabajo subordinado, procediendo

a englobar de dentro de él un heterogéneo sector de relaciones, bien dependientes o bien autónomas, cuyo denominador común vendría dado por el desequilibrio de posiciones” (1996, p. 11), en igual sentido lo entiende Sánchez Ocaña, quien considera que más allá de desnaturalizar el derecho laboral se debería ampliar su ámbito subjetivo a aquellas relaciones donde se evidencie una desigualdad comercial entre las partes, sin que el hecho que exista un bajo grado de subordinación sea fundamento para desestimar la aplicación de tal derecho del trabajo (2018).

Ahora, enfocarse en crear diferentes categorías para abarcar las diferentes actividades productivas redundaría en un extenso catálogo de prácticas y denominaciones contractuales con sus respectivas prerrogativas, lo cual resultaría anti práctico, inútil e ineficaz, en primera medida, porque adaptar en Colombia alguna figura de experiencias internacionales como el trabajo parasubordinado o el TRADE, sería una labor difícil en el entendido que las realidades sociales, políticas y económicas con las cuales se han desarrollado tales categorías en dichos países no van a coincidir necesariamente con la actual coyuntura colombiana y, en consecuencia, el trasplante normativo no sería más que ocultar el problema sin confrontarlo directamente, igualmente, téngase en cuenta que el Proyecto de Ley 110 de 2016 ya trató de implementar el TRADE en Colombia y, ello, resultó en una idea mucho más interesante: el trabajador de economía colaborativa, que lamentablemente no prosperó al interior de los debates del congreso, pero que, probablemente sea una respuesta más cercana a la realidad colombiana que la que pudiese ofrecer alguna figura contractual extranjera. Además, crear un catálogo con numerosas categorías laborales llevaría al país a agravar la sobreproducción normativa, la cual no garantiza, generalmente, la eficacia de sus preceptos, ello sin tener en cuenta que a raíz de que la realidad social es dinámica y cambiante, dicho catálogo de categorías de protección tendría que estarse actualizando constantemente a medida que surgen nuevas dinámicas laborales, lo que conduciría inevitablemente a una extensa e intratable lista que sólo el juez Hércules podría dominar, de suerte que, en la práctica, no se solucionaría la situación, pues “la existencia de un catálogo de negocios jurídicos predeterminado, por muy extenso que sea, siempre podrá ser sobrepasado por la realidad” (Todolí Signes, 2017, p. 42). Por lo tanto, y en concordancia con lo anterior, la solución quizás no sea el extenuante ejercicio de abarcar la totalidad de formas de trabajo, sino brindar a aquellos que no son trabajadores subordinados los mecanismos de defensa eficaces para propender por el equilibrio de las relaciones, ello mediante una cláusula general que abarque a todo tipo de trabajadores; o mediante cláusulas específicas de acuerdo con las diferentes necesidades (Sanguineti Raymond, 1996, p. 12).

De otra parte, también se considera que omitir el elemento de subordinación, como determinante para el amparo del derecho del trabajo, permitiría abarcar a una mayor porción de personas que se encuentran fuera de las fronteras del derecho laboral en razón a no poder definir con claridad la subordinación de su vínculo (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 294). Pero lo anterior, sólo conduciría a abrir las puertas a formas de trabajo que, por su naturaleza, sí requieren estar por fuera de los límites del derecho del trabajo, como el trabajo que realizan los abogados para sus respectivos clientes, por tan sólo poner un ejemplo. Eliminar el elemento de subordinación sería casi como desnaturalizar la relación laboral y desdibujar el criterio que permite la diferenciación con el derecho civil, de suerte que omitir el concepto no necesariamente llevaría a que todo entre dentro del ámbito de protección del derecho laboral, sino que podría motivar a una migración total de la regulación de las actividades hacia los terrenos de la contratación civil o comercial.

Ahora bien, como ya se advirtió previamente, no se trata tampoco de delimitar ciertos criterios que permitan descifrar la subordinación, dichas pautas sirven como herramienta para inferir la dependencia, pero no gozan de la calidad de ser taxativos, más aún cuando ya se ha reiterado constantemente que la subordinación es adaptable y tan dinámica como la sociedad y sus relaciones, de suerte que es, en la práctica, el juez quien deberá asignar valor a cada uno de los criterios que se analizaron dentro del concepto de subordinación, pero además, debe contemplar los contextos en los que se desarrollen los mismos, de tal manera que se oriente la actividad interpretativa del juez que deberá estar atenta a las “nuevas formas laborales, en las cuales el trabajador no estará sujeto a horarios rígidos, ni obligado a asistir a la empresa o depender de las instrucciones del capataz para la realización de su trabajo” (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 295), tal como se observó al hacer la comparación de las características de la subordinación con respecto al caso Uber, en el cual, si bien la subordinación no desaparece, sí tiende a acentuarse y despersonalizarse (Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, 2016, p. 295). En este punto resulta importante indicar que no sólo se debe analizar la operación de las aplicaciones digitales desde los indicios clásicos de laboralidad, sino que resulta importante, a la luz de las nuevas dinámicas, aplicar los llamados nuevos indicios de laboralidad, tales como, los medios de producción, riesgos y utilidades, la sujeción a una estructura empresarial, etc., los cuales permiten complementar los indicios tradicionales y ampliar un poco más la perspectiva del trabajo subordinado.

Por tanto, en el caso de las aplicaciones digitales, determinar la laboralidad del vínculo entre la empresa y quien presta el servicio es una tarea que busca reconocer un estatus de trabajador a aquel a quien se le niega ese reconocimiento, con el único fin de brindarle la protección que merece el trabajador en virtud de un contrato de trabajo. Es necesario que el legislativo y las Cortes en Colombia asuman el debate de la laboralidad en las nuevas formas de trabajo a través de aplicaciones digitales, para evitar que se arroje por fuera de los límites del derecho del trabajo a “los trabajadores menos calificados y más vulnerables, sujetos a formas más o menos fraudulentas, más o menos auténticas, de subcontratación, autoempleo u otras análogas” (Goldin, 1999, p. 4), aquellos que son quienes más necesitan de la protección del derecho laboral son quienes son desterrados a aquellas zonas de desprotección. Dicho lo anterior, vale la pena hacer alusión a aquella reflexión hecha por Sánchez-Castañeda, quien expresa:

¿Hacia qué derecho del trabajo vamos? ¿Quizás a aquél caracterizado por el trabajo independiente o el subempleo o el autoempleo, sin ningún tipo de protección social ni laboral que, de hecho, ya caracteriza a varios países subdesarrollados en donde quien cuenta con un contrato de trabajo es un trabajador privilegiado? ¿Quizás vamos a un derecho del trabajo que sea la eclosión del derecho a la actividad, a la vez común y diverso, multiplicador de situaciones mixtas, que suprima progresivamente las diferencias entre trabajo asalariado y trabajo no asalariado, en donde, es cierto, todo está por inventarse? (2016, p. 789)

## 4. Costo social

No se trata entonces de vetar las aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico y sofocarlas con abultadas regulaciones, pues también debe reconocerse que su modelo de negocio sirve para dinamizar la economía y otorga beneficios a aquellos que participan en ella de forma colaborativa, tal como su naturaleza lo define; de lo que se trata es establecer e identificar algunos mínimos de protección y aquellos eventos en los que sí existe una relación laboral en el vínculo entre el prestador del servicio y la empresa, teniendo en cuenta algunos de los factores aquí ya mencionados, de manera que se reconozca que existe una significativa porción de los afiliados que, más allá de ver el negocio como un modelo colaborativo, lo ven como la única fuente de subsistencia en una coyuntura de desempleo generalizado en el país y representa su actividad principal. Lo anterior, permitiría garantizar unos mínimos de protección sin los cuales la actual simbiosis entre las nuevas formas de trabajo de economía colaborativa y las políticas de flexibilidad laboral podrían producir una considerable crisis social que continuaría ahondándose siempre que no se pongan ciertos límites. En coherencia con ello, se ha afirmado que “procrastinar en la regulación puede tener consecuencias extremadamente negativas para la efectividad de la protección laboral. Efectivamente, si el modelo de negocio se crea en base a una regulación, difícilmente con posterioridad esta normativa podrá ser cambiada” (Todolí Signes, 2017, p. 69).

Para la tradición marxista es común considerar el derecho como “un objeto ideológico que deforma la verdadera realidad de las relaciones sociales cuya naturaleza no es jurídica sino económica y social” (Mejía y Mapura, 2009, p. 141). De lo anterior, y, una vez vista la situación de Uber y ese vínculo laboral que subyace en la relación entre la empresa y sus conductores, se evidencia que la plataforma actúa como una falsa representación y deforma la verdadera realidad de las relaciones, así, aparenta ser una intermediaria de servicio de pasajeros, ofrece a sus conductores flexibilidad horaria,

autonomía y libertad en la determinación de la forma de llevar a cabo el trabajo, pero lo cierto es que el conductor atraído por esos beneficios termina ingresando a un terreno carente de algún tipo de protección laboral. Y no sólo la empresa actúa de esa manera, la flexibilidad laboral:

ha sido tomada como un recurso y un objetivo a la vez, por parte de las ideologías dominantes y afines al poder real en la actualidad bajo el argumento de la búsqueda de la competitividad y del libre mercado. Pero la realidad es que dicha flexibilidad se traduce en aumento de la capacidad o del poder unilateral del empresariado para adoptar decisiones sobre contratación, despido y cambios en las condiciones de trabajo.

Esto, unido a los altos índices de desempleo, permanentes desde la crisis financiera de 2008, da lugar a un retroceso sin precedentes en los derechos sociales y un avance de la precariedad laboral con salarios a la baja, condiciones de trabajo abusivas, temporalidad, etc. (Plaza Angulo, J., Rodríguez, D., y Gómez Álvarez, R., 2018)

Así, la economía colaborativa, bajo el modelo del *crowdsourcing* específico y la flexibilidad coinciden en ser apariencias que esconden una realidad distinta y, ello, les permite permanecer como alternativas a los actuales tiempos sin que se haga mucho énfasis en lo que realmente se esconde detrás de aquellas falsas representaciones. La estrategia de Uber y el mismo modelo de la economía colaborativa crea una conciencia colectiva, como si estos nuevos modelos tuvieran la clave de los nuevos tiempos, así, no sólo seducen con el buen servicio, sino que ofrecen oportunidades de empleo y representan un cambio en las formas de concebir el mercado, lo que finalmente viene a determinar el éxito del modelo. Por lo que desvirtuar esa falsa representación y fortalecer el vínculo laboral en términos de condiciones de dignidad del trabajador (Goyes y Hidalgo, 2006, p. 507) permitiría evitar el costo social que representa este tipo de apariencias sin regulación, representado en condiciones precarias de trabajo, ausencia de dialogo social y de protección al trabajador, salarios a la baja, fuga del derecho del trabajo, inequidad, entre otras. El reconocimiento de ese estatus laboral no pretende otra cosa que el trabajador acceda a un empleo en condiciones de calidad y dignidad, el cual le brinde la tranquilidad del goce efectivo de sus derechos laborales, que le permita tener una protección de seguridad social y que sea receptivo del dialogo social, lo cual no sucede tras las cortinas de las distintas apariencias en las que se esconde Uber.

Si bien Uber representa algunos beneficios tales como: a) incremento del uso eficiente del capital y el bienestar del consumidor; b) desincentiva la compra de automóviles, lo cual genera ahorro en el consumidor y reduce los efectos ambientales que genera un gran parque automotor; y c) reducción de accidentes; entre otros, también es importante tener en cuenta ciertas críticas que se le hacen a Uber en al menos seis dimensiones: i) la competencia desleal respecto los taxistas, por cuanto entran al mercado sin ningún tipo de regulación u tarifas horarias; ii) aspira a ser un monopolio; iii) sus carros o conductores pueden ser inseguros y no todos cuentan con seguros suficientes; iv) existe una posible intromisión en la vida privada de los clientes; v) permite la discriminación de conductores y pasajeros, en razón al sistema de calificación de los viajes; y vi) los indeterminados estándares de trabajo de sus conductores y la pobre compensación de los mismos (Rogers, 2015, p. 91). Ésta última es la que deja claro las deficiencias de la plataforma en el tema laboral, avivada en cierta medida por el hecho de negarla. Así como aquel que tiene una dolencia en alguna parte de su cuerpo por el hecho de decir que no le duele no quiere decir que ésta no esté presente e ignorarla lo único que hará será agravar el problema, sucede igual con Uber y las aplicaciones digitales similares, pues desconocer una relación laboral, así ésta subyazca en el fondo, no significa que el problema esté solucionado y no evita las consecuencias que ello tiene. Uno de los elementos de dicha crítica es que el modelo de economía de Uber traslada el riesgo de la empresa hacia los empleados y establece protecciones débiles y bajos salarios (O'Connor vs Uber Technologies, 2015). De igual manera, se tiene que la empresa cambia los términos y las condiciones de trabajo constantemente y de manera unilateral, lo cual genera inseguridad e incertidumbre en sus conductores. Incluso, la imposibilidad que tienen de solicitar mejores estándares y regulaciones que aseguren mejores estándares a través de la acción colectiva (Rogers, 2015, pp. 98–101) y es que debe advertirse que bajo tal modelo de negocio no existe mucha claridad respecto a las protecciones legales y laborales a las que tiene derecho quien presta el servicio en las plataformas.

Lo anterior, podría conducir a retroceder en la evolución del derecho laboral, hacia aquellos tiempos en los que el obrero no contaba con seguros y los riesgos los asumía él, aquellos tiempos donde la protección era nimia, los salarios bajos y no había regulaciones en materia de jornadas y horarios y resultaba igual de crítico trabajar dieciséis horas que

trabajar tan sólo dos. Aunado a lo anterior, no sólo existe inseguridad e incertidumbre como lo reconoce Rodgers, sino que también existe inestabilidad, lo cual produce inquietud en el trabajador de la plataforma digital pues no tiene una solidez en la prestación de su servicio y se encuentra tan vulnerable como aquellos primeros obreros en el amanecer del derecho laboral. Todo ello se irá convirtiendo en el caldo de cultivo óptimo para la proliferación de la precarización, el empobrecimiento y el dumping social como consecuencias ineludibles del aumento de modelos de economía colaborativa amparadas en la apariencia que le ofrece la flexibilidad laboral sin el establecimiento de unos mínimos de protección, así pues, no se debe permitir que el encandilamiento que produce la novedad, la gracia y la facilidad que promete la tecnología y las aplicaciones de *crowdsourcing* específico conduzcan a la desprotección de quienes prestan sus servicios para ellas. Se advierte, en igual sentido, que “la ausencia de regulación, la desprotección y el encubrimiento de las relaciones de trabajo permean estos modelos, trayendo consigo empleos precarios, con salarios por debajo de los mínimos establecidos, sin el amparo de la seguridad social y de las condiciones de salud en el trabajo” (León Ordóñez, G., 2018), de tal manera que, más allá de las atractivas promesas que ofrece el *crowdsourcing* específico, hay una amenaza latente a las garantías laborales y a una adecuada protección de quienes trabajan para tales plataformas.

En efecto, existe un desequilibrio claro, y aún más profundo, del que existe en la clásica relación laboral, pues en este caso al no haber reconocimiento de laboralidad se está partiendo del hecho que no hay desequilibrio, pero como éste realmente sí existe, la desigualdad se ahonda pues se está dando un tratamiento de iguales a dos partes que, en realidad, no lo son. En ese sentido, reconoce Todolí Signes que “Este desequilibrio es el principal causante de todos los riesgos a los que se someten, tanto en el antiguo tipo de trabajadores como el nuevo; los bajos salarios, el exceso de flexibilidad, la transferencia de los riesgos inherentes al negocio desde el empresario al trabajador, el secuestro de la clientela, etc.” (2017, pp. 33-34). Y es que el derecho del trabajo nació para proteger al trabajador en el marco de la desigualdad negocial, pero su presencia ante las nuevas formas de trabajo en aplicaciones digitales aún es débil, aún no hay una intervención suficiente por parte de los poderes públicos del país, lo cual lleva a “la lisa y llana supresión de la condición de trabajador protegido” (Goldin, 2018, p. 6) lo que representa el “trayecto más directo hacia la situación de “protección cero” (Goldin, 2018, p. 6), además, vale la pena resaltar que tal desprotección no solo es perjudicial para aquel que vive de su trabajo, sino que se convierte

en una amenaza para el sistema económico en su conjunto (Todolí Signes, 2017, p. 149), lo cual tiene consecuencias, adicionalmente, en el sistema social y político de un país. Así pues, debe entenderse que la precarización en las condiciones laborales y la desprotección como productos de esa negación del trabajador digital, influye igualmente, como evidencia del costo social, en la aplicación del trabajo decente en el país. Ryder (como se citó en OIT, 2015) afirma:

El trabajo decente incrementa los ingresos de los individuos y las familias, que pueden ser gastados en la economía local. Promover el empleo y las empresas, garantizar los derechos en el trabajo, extender la protección social y fomentar el diálogo social son los cuatro pilares del Programa de trabajo decente de la OIT, con la igualdad de género como un tema transversal. Estos son factores indispensables para hacer avanzar toda la agenda de desarrollo sostenible.

El trabajo decente para todos reduce las desigualdades e incrementa la resiliencia. Las políticas elaboradas a través del diálogo social ayudan a las personas y las comunidades.

La necesidad del trabajo decente, en los actuales tiempos globalizados y cambiantes, se entiende en el logro de ésta como motor del desarrollo humano, “El desarrollo humano, es aquel que sitúa a las personas en el centro del desarrollo, trata de la promoción del desarrollo potencial de las personas, del aumento de sus posibilidades y del disfrute de la libertad para vivir la vida que valoran” (PNUD, 2015, p. 10), el cual lleva, indiscutiblemente, al progreso de los países. Así lo estimó Malva Espinoza (como se citó en Lanari, 2005), afirmando que el trabajo decente es una “matriz que integra diferentes aspectos que hacen a la “calidad y cantidad de los empleos”, pero también, y de manera fundamental, a las “relaciones sociales y en última instancia al tipo de sociedad y de desarrollo al que se aspira” (p. 113). En similar sentido Weimberg P. (como se citó en Lanari, 2005, p. 113) y Egger, P. y Sengenberger, W. (citados en Lanari, 2005, p. 112), se refieren al trabajo decente como aquel que permite devolverle al trabajo los contenidos de dignidad, seguridad y humanidad, de suerte que éste pueda definirse como un anhelo de las personas, como objetivos o propósitos que pretenden ser cumplidos, o como una base o plataforma para el diseño de políticas.

El cumplimiento de cada uno de los cuatro pilares del trabajo decente permite acercar a los países a un trabajo decente óptimo que satisfaga las estipulaciones consagradas en los objetivos e informes internacionales. En cuanto a las oportunidades de empleo e ingreso, “Para hablar de trabajo decente lo obvio es la tenencia de un empleo, es decir, el concepto comprende derechos en la relación laboral o en el trabajo, pero se busca que abarque distintos tipos de modalidad como el trabajo independiente (...)” (Efrén González, 2014, p. 138). Resulta utópico pensar que, mediante, las oportunidades de empleo e ingreso se va a brindar plazas productivas a la totalidad de la población y no sería razonable pensar en que ese es el objetivo del elemento en cuestión; obedece más bien a una necesidad que no existan barreras al empleo y que las plazas de trabajo que existan garanticen unos mínimos de protección al trabajador, dejando de lado lo que podría considerarse empleo precario,

No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe dissociar la cantidad del empleo de su calidad. Todas las sociedades tienen su propia idea de lo que es un trabajo decente, pero la calidad del empleo puede querer decir muchas cosas. Puede referirse a formas de trabajo diferentes, y también a muy diversas condiciones de trabajo, así como a conceptos de valor y satisfacción. Hoy en día, es indispensable crear unos sistemas económicos y sociales que garanticen el empleo y la seguridad, a la vez que son capaces de adaptarse a unas circunstancias en rápida evolución, en un mercado mundial muy competitivo. (Semovia, 1999)

La precarización del empleo en Colombia no escapa a la esfera del debate que se plantea, por lo que, en relación con el mencionado elemento, el uso de plataformas digitales de *crowdsourcing* específico en las que se pueden advertir relaciones laborales, cómo ya se ha expuesto, vulnera los derechos de los trabajadores, ya que, al negar la existencia de la relación laboral, no hay forma de reconocer éstos. Lo mismo ocurre respecto a la seguridad social y el diálogo social, pues al no reconocer el vínculo laboral, el trabajador no tendrá amparada la seguridad social por parte del empleador y mucho menos se podrá hablar de un derecho a la asociación que permita el diálogo social al interior de la empresa. A partir de allí, se suceden una serie de circunstancias que, por el no reconocimiento de la relación laboral, de entrada, por las plataformas digitales, alejan de manera considerable la situación real de lo acontecido en la práctica de contratación de las empresas de lo que se esperaría de ella en pro del respeto de los derechos de los trabajadores consagrados constitucionalmente

y del desarrollo del trabajo decente. “A pesar del interés de los distintos sectores académicos y sociales, el Estado Colombiano no ha asumido el compromiso internacional de implementar un programa nacional de trabajo decente que se ajuste al contexto de trabajo local” (Castro, 2013, p.18), y más grave aún, no hay una política orientada a tratar las relaciones contractuales de las empresas que operan a través de aplicaciones digitales y sus afiliados, desde la óptica del derecho laboral.

Así las cosas, y como consecuencia de una noción de trabajo decente que no logra posicionarse en el país, y mucho menos desde la perspectiva de las plataformas digitales, la precariedad amenaza a una gran porción de la población, pues son muchos los que pueden ser flexibilizados (Ganga Contreras et al., 2014, pp. 549 – 550), y es que la flexibilidad en la cual se desenvuelven las aplicaciones digitales, precariza el empleo, por ejemplo, con la pérdida de la fuerza negociadora, aunado a las diferentes condiciones políticas y sociales del contexto en el que se desarrollen, llevando a las situaciones de falta de empleo o empleo precario en formas modernas de pobreza y marginación (Migueluez, 2005. Citado en: Ganga Contreras et al., 2014, p.550). Ahora bien, resulta importante lo afirmado por De la Garza (2000a) y Sotelo (1999) quienes coinciden que la implementación de la flexibilidad ha ocasionado una precarización del mercado de trabajo porque la concepción que se tiene, generalmente, es que flexibilidad y desregulación son sinónimos o, por lo menos, que la desregularización es un elemento fundamental de la flexibilidad (Citados en: Ibarra Cisneros y González Torres, 2010, p. 39).

Ahora, es importante reiterar lo que se comentaba sobre el proceder de las plataformas virtuales de *crowdsourcing* específico, las cuales, si bien ofrecen una aparente libertad y autonomía a sus trabajadores, la lógica detrás de ello es que necesariamente estos últimos tratarán de maximizar en mayor medida sus horarios motivados por la necesidad de obtener un mayor ingreso en pro de sus intereses. Al respecto vale la pena hacer alusión a la siguiente reflexión,

Es importante señalar que los empleadores contratan y desvinculan al personal bajo un criterio básicamente económico, en la lógica de lograr una mayor ganancia, esto en sí mismo no es el problema. Lo problemático es la lógica de un discurso que

privilegia el beneficio de quien tiene los medios sobre otros que les urge un empleo para la supervivencia, su desarrollo e incluso su goce presente y futuro logrado a través del trabajo y del salario percibido. Es una lógica perversa que precariza el trabajo y disimula su saber sobre el costo que tiene para la relación social, el bienestar y la llamada calidad de vida de las personas que integran la sociedad.

(...)

El trabajo es una parte importante de la vida de las personas y reducirla solo a la expresión de la urgencia por la sobrevivencia, es un retroceso en el avance de la racionalidad humana y de su proceso mismo de humanización. (Gómez Vélez, 2014, p. 115)

Lo anterior, permite reafirmar lo que se ha venido trabajando a lo largo del presente, ello es, ese proceder de las plataformas digitales que niegan la condición de trabajador bajo apariencias de flexibilidad y que son aceptadas en el inconsciente colectivo, toda vez que es ese discurso de autonomía y libertad en el que se escudan pretendiendo ser gestores de oportunidad, cuando en realidad es tal autonomía y libertad la que le permite a este tipo de empresas continuar por fuera de las miradas tutelares del derecho laboral, llevando a una precarización de las nuevas formas del trabajo. Teniendo en cuenta, además, que el éxito del modelo y la poca, o ninguna, regulación existente, serán factores importantes para que tales prácticas se generalicen en el futuro y crezca la amenaza de precarización y afectación al conjunto de la sociedad, sobre todo cuando uno de los factores que motiva a la mayor parte de la población a prestar sus servicios en tales plataformas es esa urgencia de sobrevivencia de la que habla Gómez Vélez.

Debe tenerse en cuenta también que “Lo curioso es que la globalización arrastra a los países en desarrollo rápidamente hacia formas de trabajo propias de los países desarrollados, pero dentro de una realidad absolutamente precaria como la que hemos descrito que no nos permite resolver fácilmente las contradicciones, reales o aparentes, de la protección.” (De los Heros Pérez-Albela, 2016, p. 402), de manera que si bien las nuevas formas de trabajo, a través de las aplicaciones, son un salto en las nuevas dinámicas sociales y puerta de entrada a ese futuro que hace un par de décadas observábamos en las pantallas de cine, su aplicación depende de la coyuntura social en la que se pretenda llevar a cabo para no caer en esa realidad precaria de la que habla De los Heros Pérez-Albela al tratar de

trasplantar nuevas formas de trabajo en ambientes cuya normativa es aún incipiente, como en el caso colombiano, en el cual sólo existe protección para el trabajador asalariado y dependiente, más no para otro tipo de categorías.

Por lo tanto, tal como lo considera Jiménez, “el principal reto es dar forma a una transición inclusiva hacia un futuro digital justo que minimice el riesgo y abra ventanas de oportunidades. Por ello, es importante aplicar el principio de precaución para evitar que la digitalización divida aún más a la sociedad en unos pocos ganadores y muchos perdedores, y que sólo contribuya a un reparto de la riqueza más desigual” (2016, p. 281), el reto está igualmente, en que sea la sociedad un conjunto, para el caso de Uber que no se trate sólo de sus conductores sino incluso de su competencia, pues, con el fin de reaccionar a las nuevas lógicas actuales, se hace necesario establecer consensos a nivel horizontal, entre las bases, y generar tensiones de manera vertical, entre las clases, pues se considera que, en la actualidad, parte de las dificultades que están presentando las sociedades radica en que se está teniendo consenso verticalmente y se está generando tensión horizontalmente (De Sousa, 2017), esto es, una tensión entre la misma sociedad, conductores de Uber son objeto de constantes ataques por parte de taxistas molestos por las prácticas de la aplicación y en dicha disputa toma partido la otra parte de la sociedad que apoya a los conductores de Uber pues les brinda un buen servicio; por otro lado, existe un consenso vertical, la sociedad apoya a Uber y difícilmente cuestiona sus prácticas más allá de su falta de regulación y los aparatos de poder aún no se atreven a intervenir en el procedimiento de tales plataformas digitales, de lo cual se entiende una aprobación de las mismas. De acuerdo a lo contemplado por De Sousa, si se lograra un consenso en las bases de la sociedad, taxistas y conductores de Uber, principalmente, se podría tener una base sólida para ejercer tensión de manera vertical entre Uber y el Estado, buscando de esa manera que se dé un tratamiento adecuado en las diferentes áreas en las que pueda tener incidencia, para evitar esa mutación de la flexibilidad laboral que conduce a la precarización del trabajo y disminuir el costo social que representa la plataforma con sus apariencias ajenas al derecho laboral.



## **5. Conclusiones**

En ningún momento se ha pretendido estigmatizar las diferentes tipologías de contratación ni mucho menos la flexibilidad laboral, pues no es falso que ello atiende a necesidades particulares del mercado y de la misma lógica de globalización. Pero debe existir un equilibrio, la flexibilidad laboral se torna un arma de doble filo pues, por un lado, ha sido creada con el fin de generar más empleo y eliminar esas barreras que le impiden al empleador contratar personal; por otro, es una herramienta que se presta para que, en virtud de ella, las empresas realicen ciertos tipos de malabares que desdibujan el ámbito de protección del derecho laboral al interferir en el campo de la subordinación. El mercado ha determinado las formas en que se deben comportar las políticas de los Estados, por lo que aferrarse a las viejas estructuras sobre las que se amparó el derecho del trabajo durante la mayor parte del siglo pasado sería como navegar en contra de la corriente. Si bien el derecho laboral debe adaptarse a los nuevos contextos de globalización, se hace necesario impedir que el mercado interfiera absolutamente en su naturaleza y, por el contrario, permitir que el derecho del trabajo ampare a los trabajadores con una mayor abarcatividad. Si la globalización pretende acercar al globo y llegar a todos sus rincones, de igual manera, que sea el derecho del trabajo expandiendo su ámbito de protección y velando porque éste también llegue a todos los rincones, incluso que alcance con claridad aquellas fronteras difusas donde el trabajo parece diluirse misteriosamente.

La flexibilidad laboral, en Colombia, en su búsqueda por ser una alternativa a las altas tasas de desempleo que existían para los inicios de los noventa condujo al incremento de la informalidad en el país, lo anterior, teniendo en cuenta la desregularización de ciertos aspectos relacionados con el contrato de trabajo y la modificación de otras cuestiones que permitieron a los empleadores mayores facilidades para contratar o despedir trabajadores, en atención a los bajos costos que se empezaron a asumir. De lo cual se advierte, que más allá de asegurar la creación de puestos de trabajo, lo que se necesita es asegurar la calidad de éstos, pues una pluralidad de empleos, sin

garantías mínimas de protección al trabajador, sólo conduce a erosionar la estructura social del país. Ahora, la flexibilidad laboral, más allá de ser una política estatal o una herramienta del mercado, debe considerarse como un paradigma de los nuevos tiempos, el cual está influyendo en los sectores más importantes de la sociedad, por lo tanto, en su contexto, se gestarán innumerables formas de contratación que, de no establecer unas pautas mínimas, podrían estarse ubicando en los límites del derecho laboral, amenazando con ello a quienes se vinculen con dichas formas de trabajo, lo anterior si se tiene en cuenta que entre más flexibilidad se brinda, más flexibilidad se va a querer tener, como aquel que tiene una finca al lado de una pradera y poco a poco, y de manera imperceptible, va corriendo las cercas para ganar más terreno hasta el punto que se adueña de la pradera adyacente, así mismo, actúan los empresarios, la flexibilidad de hoy en día, no es la misma de hace veintiocho años, cada vez más las políticas y ordenamientos se hacen más flexibles y dicho desborde de flexibilidad está permitiendo que empresas de *crowdsourcing* específico se amparen bajo figuras contractuales mediante las cuales pueden escapar del ámbito protector del derecho laboral, por lo que el establecimiento de unas pautas mínimas se hacen necesarias con el fin de poner un límite inamovible a ese exceso de flexibilidad.

Igualmente, la economía colaborativa se ha afianzado en los tiempos actuales gracias a las dinámicas promovidas por la globalización y las facilidades que otorga la flexibilidad laboral. En el seno de este modelo, Uber no sólo representa una empresa de transporte de pasajeros, sino que es el estandarte de la evolución de la economía colaborativa a través de aplicaciones digitales, por tanto, el estudio sobre Uber es el estudio sobre el futuro de las plataformas virtuales, el futuro de nuevos modelos de economía y probablemente el estudio del futuro del trabajo y del derecho laboral. El éxito de la aplicación, así como el éxito del modelo de economía, radica en haber logrado una simbiosis perfecta con la flexibilidad laboral. Por una parte, la flexibilidad laboral es el escenario perfecto para que la economía colaborativa se desarrolle y crezca, mediante la adaptación de sus formas características y la flexibilización de los elementos que definen el contrato de trabajo, además, las aplicaciones digitales de economía colaborativa logran difuminar aquellos indicios de laboralidad de suerte que sean casi imperceptibles; por otra parte, la flexibilidad laboral encuentra en la operación de las plataformas de *crowdsourcing* específico la mejor forma para expandir la materialización de su esencia, mediante la flexibilidad horaria, las facilidades de entrada y salida del mercado, la flexibilidad en el lugar de prestación del servicio y del control de éste, entre otros. En ese sentido, se ha logrado abaratar los costos de las empresas que operan bajo el modelo de economía

colaborativa y, en consecuencia, han aumentado su productividad al tiempo que generan una apariencia de brindar oportunidades de ingreso.

Dicha simbiosis, se encuentra determinada por la apariencia que las plataformas adoptan de ser meras intermediarias, ocultando relaciones laborales que subyacen en el fondo. Ahora bien, vale la pena resaltar que dentro del amplio espectro de la economía *on demand* o economía colaborativa, se ha puesto el punto del análisis al *crowdsourcing*, es allí donde la diferenciación entre prestación de servicios y relación laboral es crítica y merece un análisis, un análisis caso a caso, pues si bien una persona puede usar dicho tipo de economía en la manera en que ésta está prevista, existe una gran porción de la sociedad que la usa como único medio de subsistencia, lo cual, no significa que sea ese supuesto lo que determine la laboralidad del vínculo, sino que al ser un afiliado con mayor continuidad y habitualidad en la plataforma, permite que poco a poco los demás indicios empiecen a configurar nociones de laboralidad en la relación y empiecen a advertir ciertos riesgos que es necesario que el ordenamiento laboral proteja. He allí el *quid* del asunto, pues si bien mediante el contrato realidad se puede hacer evidente la relación laboral por encima de la forma contractual, sería más expedito y menos costoso procesalmente que existan unos límites claros que impidan el abuso del derecho, o lo minimicen, desde antes de iniciar la relación laboral. Entendiendo que si existe un contenido conceptual que permita fortalecer el vínculo laboral en términos de condiciones de dignidad del trabajador (Goyes y Hidalgo, 2006, p. 507) se puede alejar la concepción privatista de una esfera social ajena a sus motivaciones y un desarrollo del trabajo decente como forma de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y encaminar los esfuerzos y políticas del Estado hacia un protagonismo en el panorama internacional, reto de gran envergadura para Colombia.

El problema de Uber y el problema del *crowdsourcing* específico, es el problema de la subordinación, las facilidades que la flexibilidad le otorga a las plataformas dificultan la identificación de vetas de subordinación, mas no es un imposible. La doctrina y la jurisprudencia han analizado dicho elemento y, en su estudio, se han establecido ciertos parámetros que pueden encontrarse en la forma de operar de las aplicaciones digitales de *crowdsourcing* específico, por lo que, a través de aquellos indicios clásicos complementados con aquellos nuevos indicios, se podrá identificar la laboralidad en tales plataformas, teniendo en cuenta, además, que cada caso particular determinará sí hay, o no, una relación laboral, pues el hecho que el grado de intensidad de cada

elemento del contrato de trabajo y de la subordinación se presente de forma distinta en el *crowdsourcing* específico, no obsta para tachar, *prima facie*, la posibilidad que las plataformas de economía colaborativa oculten relaciones laborales, más aún en tiempos donde la huida del derecho del trabajo pareciera ser el objetivo de las empresas que acuden a figuras alternativas y afines al contrato de trabajo para evitar los costos laborales que genera éste último.

La economía colaborativa podría ser una oportunidad importante para la lucha contra las bajas tasas de empleo. Pero el papel de los Estados debe asumirse con responsabilidad para evitar que esos empleos que se generan sean precarios, por lo que es necesario que se aseguren unas garantías mínimas de protección que logre conciliar el papel productivo de la economía colaborativa con las pautas mínimas del trabajo decente. Mediante estos modelos de economía, se podría vencer esa brecha de desigualdad laboral y social que afecta a las sociedades, no obstante, también podría aumentar la desigualdad, pues la falta de regulación podría llevar a que se generalice la práctica de las plataformas digitales, sin que las relaciones laborales subyacentes sean descubiertas, lo que determinará un futuro sin protección laboral.

Si bien se podría advertir que para el caso particular del *crowdsourcing* específico existe la posibilidad de acudir a la aplicación del principio de la primacía de la realidad, dicho medio de protección puede resultar ser ineficaz pues, en primer lugar, el trabajador es quien tiene que invocar tal protección, lo que conduce a que, por miedo o desconocimiento de la norma, sea posible que no intente el reclamo; en segundo lugar, las apariencias con las que las aplicaciones digitales disfrazan sus relaciones subyacentes confundirían al trabajador, el cual no tendría claro si sí tiene derecho a la protección, o no; en tercer lugar, dado que la protección es posterior, existe la posibilidad que el trabajador nunca reclame ésta, aunado a que el medio llevaría al congestionamiento del aparato judicial; mientras que, si existiera un control o pautas mínimas que deban observarse dentro del proceder de las aplicaciones virtuales de *crowdsourcing* se reduciría un poco la afectación y negación de los derechos laborales de los afiliados, permitiendo que estos tengan mayor seguridad jurídica y laboral, la cual resulta fundamental en los actuales tiempos de incertidumbre.

En Colombia es hora de plantear la necesidad de un Estatuto de Trabajo que incluya disposiciones respecto a las nuevas formas de trabajo a través de plataformas digitales, la mora en la

redacción de tal documento desde la Constitución de 1991 es una vulneración al Estado Social de Derecho y una afrenta a los trabajadores cuyas relaciones laborales se encuentran ocultas por diversas apariencias, situación que se profundiza más aún en los trabajadores de las plataformas digitales de economía colaborativa. A lo largo del globo, ya existen ejemplos de países que han reconocido el estatus de trabajador del conductor de Uber, lo cual supone un gran avance en el largo camino que aún falta por recorrer en dicha materia, Colombia debe adaptarse a las nuevas realidades y necesita superar el ostracismo en el que se encuentra actualmente con el fin de comprender las nuevas formas de trabajo a través de aplicaciones digitales en su dimensión laboral, de manera que sean éstas formas vehículos hacia un buen desarrollo económico y social y no propiciadoras de una mayor crisis social. Se ha observado que en la forma de trabajo de Uber se pueden percibir elementos tanto del contrato de trabajo como de la subordinación, lo cual permitiría, para cada caso particular, establecer relaciones de trabajo que protejan a los conductores en sus derechos laborales, pero lo más importante, que se establezca una pauta para las demás aplicaciones de *crowdsourcing* específico que empiezan a afianzarse en el mercado bajo la sombra de Uber y tras los beneficios que ofrece el mencionado mutualismo entre flexibilidad laboral y economía colaborativa. El Proyecto de Ley 110 de 2016 representa ese primer paso que dio el país hacia la regulación de los trabajadores de aplicaciones digitales, debe rescatarse la categoría que se implementó en el Informe de Segunda Ponencia, a saber: el trabajador de economía colaborativa, pues resulta ser una figura más precisa y enfocada hacia la esencia de la economía colaborativa en Colombia y deja de lado la figura del TRADE que, en su definición, está dirigida a otro tipo de actividades que no se asimilan tanto a las que se realizan en las plataformas digitales. Dicho proyecto representa un punto de partida importante, a pesar de su archivo, se hace necesario recoger lo importante para continuar esa búsqueda de amparo al trabajador de las aplicaciones digitales, empero, resulta fundamental que se supere la confusión respecto a la economía colaborativa que se evidencia de la lectura del proyecto y de los respectivos informes y que el trabajo regulatorio se haga concretamente sobre el *crowdsourcing* específico y no sobre la economía colaborativa en general.

Definitivamente no es posible aducir que Uber y las aplicaciones de economía colaborativa son intermediarias, por la misma definición que tiene el término de intermediación en Colombia, de suerte que determinar la relación laboral en tales aplicaciones es un reto tanto para jueces como tribunales y cortes, quienes han llevado la batuta de la defensa del respeto de los principios constitucionales, tales como el de primacía de la realidad, y que no pueden quedarse impávidos ante la avalancha digital que se avecina sobre el derecho laboral. Así como se ha reconocido la existencia

de otras formas de trabajo que no son desarrolladas bajo continuada subordinación y dependencia, como el trabajo a domicilio o el teletrabajo, de igual manera, el trabajo a través de aplicaciones digitales de economía colaborativa también podría tener cabida en el ámbito de protección del derecho laboral teniendo en cuenta que existen vetas de laboralidad y que el derecho debe ser dinámico atendiendo a las nuevas realidades sociales.

En suma, si bien el modelo de las aplicaciones digitales permite dinamizar la economía, no se puede permitir que, en virtud de los argumentos de flexibilidad y de las políticas que flexibilizan el empleo, se gesten apariencias que encubran relaciones laborales en los vínculos entre las plataformas virtuales y quienes prestan los servicios, de lo contrario sería iniciar una involución del derecho del trabajo, caracterizada no sólo por desdibujar el reconocimiento de los trabajadores como tal, sino además por la pérdida de derechos logrados tras largas décadas de lucha social, así pues la jornada máxima de trabajo se diluiría en aquella difusión de la flexibilidad y autonomía horaria, como si ello fuera la aspiración máxima del individuo, no habría máximo ni mínimo de horas a trabajar propiciando el tránsito hacia el trabajo instantáneo, por momentos, o hacia el largo trabajo que se prolonga más allá de las actuales ocho horas diarias con el fin de optar por más ingresos y una mejor calidad de vida; la consolidación de la economía colaborativa a través de aplicaciones digitales, sin un adecuado precedente que establezca unos mínimos de protección, llevaría igualmente a una inminente desaparición del derecho laboral colectivo, entre otras. Como afirman Baladán y Hernández Varela: “ello sin dudas puede implicar la desprotección del trabajador y la existencia de riesgos en cuanto a la protección de sus derechos. Cabe cuestionarse en este punto, cuál debe ser el enfoque desde el punto de vista del Derecho Laboral, ello en virtud de que no hablamos de relaciones de trabajo en el sentido tradicional que son reguladas por esta rama del Derecho” (2016, p. 152).

Por tanto, dentro de ese paradigma de flexibilidad laboral que guía a las actuales sociedades, en el que las nuevas formas de trabajo se caracterizan por flexibilizar los elementos del contrato de trabajo, valdría la pena aceptar un análisis flexible de la laboralidad, de suerte que se superen los obstáculos conceptuales y dogmáticos que pudiesen llegar a impedir el reconocimiento de la laboralidad en las aplicaciones digitales. Lo importante es la protección mínima de quien se afilia a una plataforma de *crowdsourcing* específico para evitar la precarización del empleo y un eventual *dumping* social, pero también resulta importante proteger la esencia de la economía colaborativa, de

---

manera que ésta se convierta en un motor de desarrollo y empleabilidad en óptimas condiciones laborales. En el contexto de flexibilidad, se puede flexibilizar tanto los intereses de la empresa como la de quienes prestan los servicios en las plataformas, evitando en todo momento que dicha flexibilización implique un detrimento de las condiciones del trabajador en los términos del trabajo decente. En ese sentido, es deber del Estado asegurar ese equilibrio y una de las maneras de lograrlo sería materializando, por fin, el tan anhelado Estatuto del Trabajo, con el que se esperaría mejorar las condiciones socioeconómicas y laborales del país.

Que la lucha de los próximos años no sea la misma que emprendieron los obreros del siglo pasado en contra de las fábricas, pero esta vez contra las aplicaciones digitales, como si la lucha de los trabajadores fuera un círculo en el que se repitiera eternamente la reclamación de las garantías mínimas laborales. Desde ya, se hace necesario que el derecho anticipe estas nuevas formas de trabajo, de suerte que la protección se dé de manera previa y no posterior. Se hace necesario, además, avivar el fuego de las calderas para que los motores del derecho laboral trabajen a toda máquina y alcancen la velocidad con la que las nuevas formas de trabajo, a través de aplicaciones digitales, están buscando la huida al derecho del trabajo. De esta forma, se logrará evolucionar a la misma velocidad que crecen las plataformas digitales, logrando una mayor protección en todo momento al trabajador, a ese ser que seguirá siendo débil no ya frente a su patrono, sino frente a empresas gigantes que operan a través de la red haciendo difícil la reivindicación de los derechos laborales. Así, el anhelo de trabajo decente estará más cerca en el horizonte y no habrá que esperar otros cien años en esa soledad y desprotección en la que los trabajadores colombianos han estado sumidos por la omisión protectora del Estado.



## Bibliografía

- Alegre, J. (2014, diciembre 15). ¿Qué es la economía colaborativa? Recuperado de <http://economistasfrentealacrisis.com/que-es-la-economia-colaborativa/>, el: 4 de abril de 2017.
- Baladán, F., y Hernández Varela, J. (2016). Nuevas manifestaciones del relacionamiento laboral: E-Recruiting, reputación digital, trabajo 3.0 y relaciones laborales en la economía colaborativa (pp. 143–155). Presentado en XVI Simposio Argentino de Informática y Derecho (SID 2016) - JAIIO 45, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58264/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/58264/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1), el:16 de marzo de 2018.
- BBC. (2014, julio 2). ¿Por qué Alemania prohibió el servicio de taxis Uber? Recuperado de [http://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/09/140902\\_ultnot\\_uber\\_prohibido\\_alemania\\_mz](http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/09/140902_ultnot_uber_prohibido_alemania_mz), el:12 de abril de 2017.
- Carnoy, M. (2001). *El trabajo flexible en la era de la información* (Vol. 41). Recuperado de [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/41/rece n6.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/41/rece n6.pdf), el:11 de junio de 2018.
- Castro, O. (2013, junio). Nivel de cumplimiento en materia de trabajo decente en Colombia. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1(2), 1–21.
- Che, J. (2015, agosto 19). 10 países que no ceden ni un milímetro a Uber. *The Huffington Post*. Recuperado de [http://www.huffingtonpost.es/2015/08/19/uber-gobiernos-mundo\\_n\\_7987296.html](http://www.huffingtonpost.es/2015/08/19/uber-gobiernos-mundo_n_7987296.html), el:12 de abril de 2017.
- Cingolani, P. (2016, noviembre). Capitalismo de plataforma: nuevas tecnologías de la comunicación e internacionalización del trabajo. *Boletín Onteakín*, (22), 42–47. Recuperado de [http://onteaiken.com.ar/ver/boletin22/onteaiken-22\\_Cingolani.pdf](http://onteaiken.com.ar/ver/boletin22/onteaiken-22_Cingolani.pdf), el: 16 de marzo de 2018.
- ¿Cómo está Uber en el mundo? (2017, marzo 2). *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/datos/como-esta-uber-en-el-mundo-63460>, el: 4 de diciembre de 2017.

- Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 28 de diciembre), “Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, en Diario Oficial, núm. 39618, 1° de enero de 1991, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2002, 27 de diciembre), “Ley 789 del 27 de diciembre de 2002, “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”, en Diario Oficial, núm. 45046, 27 de diciembre de 2002, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2006), Constitución Política, Bogotá, Editorial Leyer Ltda.
- Colombia, Congreso Nacional de la República. (2016a). Proyecto de Ley número 110 de 2016 Senado. Gaceta del Congreso. Año XXV, núm. 647, 8-14. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Colombia, Congreso Nacional de la República. (2016b). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 110 de 2016 Senado. Gaceta del Congreso. Año XXV, núm. 891, 7-17. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Colombia, Congreso Nacional de la República. (2017a). Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley número 110 de 2016 Senado. Gaceta del Congreso. Año XXVI, núm. 502, 12-28. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Colombia, Congreso Nacional de la República. (2017b). Ponencia negativa para segundo debate al Proyecto de Ley número 110 de 2016 Senado. Gaceta del Congreso. Año XXVI, núm. 502, 29-35. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Colombia, Corte Constitucional, (1997, marzo), “Sentencia C-154”, M.P.: Herrera Vergara, H., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (1998, noviembre), “Sentencia C-665”, M.P.: Herrera Vergara, H., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (2000, abril), “Sentencia C-386”, M.P.: Barrera Carbonell, A., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (2004, mayo), “Sentencia T-426”, M.P.: Montealegre Lynett, E., Bogotá.

- Colombia, Corte Constitucional, (2004, septiembre), “Sentencia C-934”, M.P.: Córdoba Triviño, J., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (2007, noviembre), “Sentencia C-960”, M.P.: Cepeda Espinosa, M., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (2010, noviembre), “Sentencia T-903”, M.P.: Henao Pérez, J., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, (2015, junio), “Sentencia T-345”, M.P.: Pretelt Chaljub, J., Bogotá.
- Conferencia Internacional del Trabajo. (2009). *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*. Recuperado de [http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/texts/WCMS\\_115078/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/texts/WCMS_115078/lang--es/index.htm), el:14 de mayo de 2016.
- Corredor, L. (2014). Panorama normativo colombiano sobre las formas jurídicas de vinculación y regímenes laborales. Análisis jurídico. En L. A. Torres y I. Perdomo (Eds.), *Derecho laboral y seguridad social en el Estado contemporáneo* (Segunda Edición, pp. 29–52). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Cruz Villalón, J. (2017, octubre 21). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas laborales*, (138), 13–47. Recuperado de <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=73989cd3-8014-4b96-8eb7-686c68415dcf.pdf>, el: 20 de mayo de 2018.
- De los Heros Pérez-Albela, A. (2016). La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente. En *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano* (pp. 397–414). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/23.pdf>, el: 7 de julio de 2018.
- De la Torre, C. (2016, abril 12). La uberización de las relaciones laborales a nivel global: ¿oportunidad o riesgo? Recuperado de [http://www.fidefundacion.es/trabajoglobal/La-uberizacion-de-las-relaciones-laborales-a-nivel-global-oportunidad-o-riesgo\\_a2.html](http://www.fidefundacion.es/trabajoglobal/La-uberizacion-de-las-relaciones-laborales-a-nivel-global-oportunidad-o-riesgo_a2.html), el:13 de mayo de 2017.
- De Sousa, B. (2017). Democracia en tiempos inciertos. Presentado en Feria Internacional del Libro: Conversaciones que le cambiarán la vida, Bogotá, Colombia.
- EAE Business School. (2017). ¿Qué es la economía colaborativa y cuáles son sus beneficios? Recuperado de <http://retos-directivos.eae.es/que-es-la-economia-colaborativa-y-cuales-son-sus-beneficios/>, el:11 de abril de 2017.

- Equipo Uber. (2015, julio 29). Pero al fin de cuentas, ¿Qué es Uber y cómo se usa? Recuperado de <https://newsroom.uber.com/chile/que-es-uber/>, el: 11 de abril de 2017.
- Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó. (2016). Crítica de la subordinación. En *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano* (pp. 269–297). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/16.pdf>, el: 7 de abril de 2017.
- Ferrer, M. (2016, junio 9). Case-By-Case: Sobre las Recomendaciones de la Comisión Europea. Recuperado el 12 de abril de 2017, de <https://ecolaborativa.com/>, el:7 de julio de 2018
- Florian Menard Vs SAS UBER France. (2018, febrero 1). Conseil de prud'hommes de Paris. Recuperado de: <http://www.diritto-lavoro.com/wp-content/uploads/2018/02/sentenza-del-29-gennaio-2018.pdf>, el: 2 de noviembre de 2018.
- Ganga Contreras, F., Burotto, J. F., y Navarrete Andrades, E. (2014). Aproximaciones y avances en el ámbito de la flexibilidad laboral: un análisis conceptual y noológico preliminar. *Trabajo y Sociedad*, 22. Recuperado de <http://www.scielo.org.ar/img/revistas/tys/n22/html/n22a30.htm>, el:2 de octubre de 2018.
- Gaviria, C. (2011, junio 24). El ángel de la guarda de la Constitución [Revista Dinero]. Recuperado de <https://www.dinero.com/edicion-impresa/informe-especial/articulo/el-angel-guarda-constitucion/121957>, el:11 de noviembre de 2017.
- Ginès i Fabrellas, A., y Gálvez Duran, S. (2016, enero). Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. *Indret Revista para el analisis del derecho*, 1. Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/1212\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf), el 28 de abril de 2017.
- Goldin, A. (1999). La protección del trabajo en la encrucijada. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/304826070\\_La\\_proteccion\\_del\\_trabajo\\_en\\_la\\_encrucijada](https://www.researchgate.net/publication/304826070_La_proteccion_del_trabajo_en_la_encrucijada), el:7 de agosto de 2018.
- Goldin, A. (2011, septiembre). El fraude laboral y los contratos afines. *La ley*, (181), 1–6. Recuperado de <http://colegioabogadosavo.org.ar/laboral/contenido/documentos/121.pdf>, el: 7 de mayo de 2018.
- Goldin, A. (2014). Aspectos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/304539929\\_Aspectos\\_definitorios\\_de\\_un\\_Derecho\\_del\\_trabajo\\_en\\_proceso\\_de\\_cambio](https://www.researchgate.net/publication/304539929_Aspectos_definitorios_de_un_Derecho_del_trabajo_en_proceso_de_cambio), el:28 de abril de 2017.

- Goldin, A. (2018). Las fronteras de la dependencia. Recuperado de <https://www.derechoenzapatillas.org/wp-content/uploads/2015/06/Las-Fronteras-de-la-Dependencia.pdf>, el:7 de mayo de 2018.
- Gómez, M. A., y Restrepo, D. (2013, junio). El trabajo precario, una realidad distante del trabajo decente. *Katharsis*, 15, 173–194.
- Gómez Vélez, M. A. (2014). Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo. *Diversitas: perspectivas en psicología*, 10(1), 103–116.
- González Charry, G. (2004). *Derecho laboral colombiano* (Décima). Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- González, E. (2014). Trabajo decente en Colombia. En L. A. Torres y I. Perdomo (Eds.), *Derecho laboral y seguridad social en el Estado contemporáneo* (Segunda Edición, pp. 127–147). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- González, J. (2003). Juan Luis Londoño: ideas para la acción. *Revista de Economía Institucional*, 5(8), 223–238.
- González, S. (1999). Tendencias contemporáneas del derecho del trabajo. En *El derecho laboral que hereda el milenio: transformación de su enseñanza* (pp. 23–56). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Goyes, I., y Hidalgo, M. (2006). Hacia un concepto del trabajo decente en Colombia: mínimo vital y condiciones dignas y justas. En M. Silva (Ed.), *Derribando los obstáculos al derecho laboral* (pp. 507–559). Bogotá, Colombia: Editorial Buena Semilla.
- Hurtado, C. (2013). El drama de los trabajadores por prestación de servicios. Recuperado de <http://www.kienyke.com/economia/prestacion-de-servicios/>, el: 14 de mayo de 2016.
- Ibarra Cisneros, M. A., y González Torres, L. A. (2010, agosto). La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo. *Contaduría y administración*, (231), 33–52.
- Irureta, P. (2014, junio). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (42), 251–282. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n42/a08.pdf>, el 7 de mayo de 2018.
- Isaza Castro, J. G. (2003, noviembre). Flexibilización laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano. *Revista Equidad y Desarrollo*, (1), 9–40. Recuperado de <https://revistas.lasalle.edu.co/index.php/ed/article/view/398/327>, el 3 de julio de 2018.

- Jiménez, J. (2016, diciembre). La digitalización de los servicios a la ciudadanía. *Gaceta sindical, reflexión y debate*, (27), 275–282. Recuperado de [http://www.fsc.ccoo.es/noticia:231411--La\\_digitalizacion\\_de\\_los\\_servicios\\_a\\_la\\_ciudadania](http://www.fsc.ccoo.es/noticia:231411--La_digitalizacion_de_los_servicios_a_la_ciudadania), el 16 de marzo de 2018.
- Juzgado de lo social número 6, (2018, junio 1). Sentencia número 244/2018. Magistrado Juez.: Díez Farto, A., Valencia, España. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8406292&links=%22244%2F2018%22&optimize=20180604&publicinterface=true>, el : 5 de diciembre de 2018.
- La Ley 50 no aumentó el empleo. (1996, octubre 17). *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-545354>, el: 3 de diciembre de 2017
- Lanari, M. E. (2005). Trabajo decente: significados y alcances del concepto. Indicadores propuestos para su medición. Recuperado de [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ozW\\_rh1KutsJ:www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe\\_03\\_01\\_presentacion.pdf+ycd=1yhl=es-419yct=clnkyclient=firefox-b-ab](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ozW_rh1KutsJ:www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe_03_01_presentacion.pdf+ycd=1yhl=es-419yct=clnkyclient=firefox-b-ab), el: 15 de mayo de 2016.
- León Chiriví, H. A. (2015, octubre 22). Alcance del elemento subordinación en el contrato realidad: Construcción de una línea jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. *Cuaderno de la Maestría en Derecho*, (4), 151–197. Recuperado de <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/437>, el: 18 de mayo de 2018.
- López F., D. (2002). Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente. Labouragain Publications. Recuperado de <http://www.iisg.nl/labouragain/documents/lopez-flexibilizacion.pdf>., el:5 de noviembre de 2017.
- López Fajardo, A. (2014). *Elementos de derecho del trabajo* (Quinta). Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional LTDA.
- Malthus, T., Huxley, J., y Frederick, O. (1962). *On population :three essays*. New York: New American Library.
- Manrique, J. E. (2013). *Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, parasubordinado y autogestionario* (Primera). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Méda, D. (1998). *El trabajo, un valor en peligro de extinción* (Primera). Barcelona, España: Editorial Gedisa.

- Mejía, O., y Mapura, L. (2009, marzo 6). Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana. *Pensamiento jurídico*, 24, 131–154.
- Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others -V- Uber. (2016, octubre 28). Recuperado de <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>, el:13 de mayo de 2018.
- Núñez, J. (2005). Éxitos y fracasos de la reforma laboral en Colombia. *Documento CEDE*, 43, 7. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/6617787.pdf>, el: 18 de mayo de 2017.
- O'Connor vs Uber Technologies. (2015, marzo 11), United States District Court Northern District of California. Recuperado de: <https://www.crowell.com/files/Douglas-OConnor-v-Uber-Technologies.pdf>, el 13 de mayo de 2018
- OIT. (2008). *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Recuperado de [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS\\_099768/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang--es/index.htm), el:15 de mayo de 2016.
- OIT. (2015). Trabajo decente y la agenda 2030 de desarrollo sostenible. Recuperado de <http://www.ilo.org/Search4/search.do?searchWhat=programa+de+trabajo+decenteynavigators=ysortby=defaultylastDay=0ycollection=yoffset=20>, el:15 de mayo de 2016.
- ONU. (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Recuperado de [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/70/L.1yLang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/L.1yLang=S), el:14 de mayo de 2016.
- Orellana, P. (2016). La noción jurídica de la teoría del haz indiciario de laboralidad a la luz de la simulación y de la apariencia en el ámbito de la contratación laboral (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139943/La-noci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-de-la-teor%C3%ADa-del-haz-indiciario-de-laboralidad.pdf?sequence=1>
- Orjuela, L., Segura, D., y Tovar, S. (2012). El principio de primacía de la realidad y las figuras de fraude a la ley y simulación en materia laboral. En *Fraude al contrato de trabajo: análisis a las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*. (pp. 15–38). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pacto Mundial para el Empleo. (2016). Recuperado de <http://www.ilo.org/jobspact/about/lang--es/index.htm>, el:15 de mayo de 2016.

- Perdomo, I. (2010). Tercerización y la reconstrucción de la relación laboral. En G. I. Quiceno y I. Perdomo (Eds.), *Primer Congreso Internacional: Derecho del trabajo y de la seguridad social* (Universidad La Gran Colombia, pp. 159–193). Bogotá, Colombia: Libros del Páramo.
- Pérez García, M. (2016). *Contratación laboral, intermediación y servicios, la tercerización laboral y la de bienes y servicios* (Segunda). Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Pérez García, M., y Aragón de Pérez, V. (1999). *Flexibilización laboral y outsourcing*. Medellín, Colombia: Biblioteca jurídica Diké.
- Plaza Angulo, J., Rodríguez, D., y Gómez Álvarez, R. (2018). Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico. En A. Todolí Signes & M. Hernández Bejarano (Eds.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (Primera). Camino de Galar, España: Editorial Aranzadi.
- Plazas, G., y Plazas, V. (2017). *La nueva práctica laboral 2017-2018* (Décima octava). Bogotá, Colombia: Bolívar impresores.
- PNUD. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible, Colombia. Herramientas de aproximación al contexto local*. Bogotá, Colombia: Acierto Publicidad.
- Poquet Catalá, R. (2018). Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa. En A. Todolí Signes & M. Hernández Bejarano (Eds.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (Primera). Camino de Galar, España: Editorial Aranzadi.
- Procuraduría General de la Nación. (2011). Trabajo digno y decente en Colombia. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas. Recuperado de [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia\\_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas\(1\).pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas(1).pdf), el:15 de mayo de 2016.
- Real Academia Española. (2017). Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=MjCLr7W>, el:19 de julio de 2018.
- Rivera Galvis, J. S. (2015). *Relaciones de trabajo típicas y contrato de prestación de servicios celebrado con personas naturales en el marco de la doctrina de trabajo decente de la OIT* (Tesis Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/49848/1/80913260-2015.pdf>, el:16 de marzo de 2017.
- Rodríguez, L. F. (2012). Tercerización: el contratista independiente y el contrato de prestación de servicios. En J. E. Manrique (Ed.), *Derecho del trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia* (pp. 151–162). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Rogers, B. (2015). The social costs of Uber. *University of Chicago Law Review Dialogue*, 82, 85–102. Recuperado de [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=uclev\\_online](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=uclev_online), el: 15 de mayo de 2017.
- Sánchez Ocaña, J. M. (2018). La Uber economy y el fenómeno de la economía colaborativa: el mundo del trabajo en disputa. En A. Todolí Signes & M. Hernández Bejarano (Eds.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado (Primera)*. Camino de Galar, España: Editorial Aranzadi.
- Sánchez-Castañeda, A. (2016). ¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo? En *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano* (pp. 767–790). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/41.pdf>, el: 9 de julio de 2018.
- Sanguinetti Raymond, W. (1996). La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis? Recuperado de <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/dependencia-transformaciones-wsanguinetti.pdf>, el:7 de agosto de 2018.
- Sanguinetti Raymond, W. (2006). La decadencia de la presunción de laboralidad en España: ¿Una cuestión de oportunidad o de método? Recuperado de <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/decadencia-presuncion-laboral-espana-wsanguinetti.pdf>, el:7 de agosto de 2018.
- Schvarstein, L. (2015). Uber no es ejemplo de economía colaborativa. Recuperado de <http://www.cid.unal.edu.co/cidnews/index.php/noticias/2669-solidaridad-economia-uber-empresas-tecnologia.html>, el:4 de marzo de 2017.
- Semovia, J. (1999, junio). Memoria del Director General: Trabajo decente. *87a Conferencia Internacional del Trabajo*. Recuperado de <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>, el:15 de mayo de 2016.
- Sierra Benítez, E. M. (2015, diciembre). El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(4), 1–26. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/44005/Tr%C3%A1nsito%20de%20la%20dependencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, el: 3 de noviembre 2017.

- Todolí Signes, A. (2015). El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IusLabor*, 3. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/305786>, el:11 de abril de 2017.
- Todolí Signes, A. (2017a). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Todolí Signes, A. (2017b, febrero 23). Tribunal de Brasil condena a UBER a reconocer derechos labores a sus conductores. Comentario a la Sentencia. Recuperado el 13 de mayo de 2017, de <https://adriantodoli.com/2017/02/23/tribunal-de-brasil-condena-a-uber-a-reconocer-derechos-labores-a-sus-conductores-comentario-a-la-sentencia/>, el:13 de mayo de 2017.
- Touriño, A. (2015, diciembre 1). Bienvenidos a la era de la economía colaborativa. *El Mundo*. Recuperado de <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/01/11/54acd472ca4741c6298b456a.html>, el:11 de abril de 2017.
- Uber Technologies INC. (2017). Uber necesita socios como tú. Recuperado de [https://www.uber.com/a/join?utm\\_source=AdWords\\_Brandyutm\\_campaign=search-google-brand\\_38\\_-99\\_co-national\\_d\\_txt\\_acq\\_cpc\\_es-co\\_uber%20colombia\\_kwd-69926424350\\_107463090603\\_31497909003\\_e\\_cycid=635141436yadg\\_id=31497909003yfi\\_id=yymatch=eynet=gydev=cydev\\_m=ycre=107463090603ykwid=kwd-69926424350ykw=uber%20colombiayplacement=ytar=ygclid=CKbmtsD\\_8NMCfZNLdQodDf8LWgygclsrc=aw.dsyclid=CPmeu8H\\_8NMCfchThgodQV0GPQ](https://www.uber.com/a/join?utm_source=AdWords_Brandyutm_campaign=search-google-brand_38_-99_co-national_d_txt_acq_cpc_es-co_uber%20colombia_kwd-69926424350_107463090603_31497909003_e_cycid=635141436yadg_id=31497909003yfi_id=yymatch=eynet=gydev=cydev_m=ycre=107463090603ykwid=kwd-69926424350ykw=uber%20colombiayplacement=ytar=ygclid=CKbmtsD_8NMCfZNLdQodDf8LWgygclsrc=aw.dsyclid=CPmeu8H_8NMCfchThgodQV0GPQ), el:5 de marzo de 2017.
- Uber Technologies INC. (2018). Uber necesita socios como tú. Recuperado de [https://www.uber.com/a/join?utm\\_source=AdWords\\_Brandyutm\\_campaign=search-googlebrand\\_38\\_146\\_co-bogota\\_d\\_txt\\_acq\\_cpc\\_es-co\\_uber\\_kwd-169801042\\_95293255803\\_24783936963\\_e\\_c\\_track-mar29generalupdate\\_restructureycid=393067803yadg\\_id=24783936963yfi\\_id=yymatch=eynet=gydev=cydev\\_m=ycre=95293255803ykwid=kwd-169801042ykw=uberyplacement=ytar=ygclid=CjwKCAjwns\\_bBRBCEiwA7AVGHg7GhWjviEMWVBTihflW1mWaWTbPL\\_01zGtqr9qdROa6QEaz66yAThoCDCgQAvD\\_BwEygclsrc=aw.dsyclid=CMjawL6i8NwCFcFkwQod\\_zIN1gycity=bogota](https://www.uber.com/a/join?utm_source=AdWords_Brandyutm_campaign=search-googlebrand_38_146_co-bogota_d_txt_acq_cpc_es-co_uber_kwd-169801042_95293255803_24783936963_e_c_track-mar29generalupdate_restructureycid=393067803yadg_id=24783936963yfi_id=yymatch=eynet=gydev=cydev_m=ycre=95293255803ykwid=kwd-169801042ykw=uberyplacement=ytar=ygclid=CjwKCAjwns_bBRBCEiwA7AVGHg7GhWjviEMWVBTihflW1mWaWTbPL_01zGtqr9qdROa6QEaz66yAThoCDCgQAvD_BwEygclsrc=aw.dsyclid=CMjawL6i8NwCFcFkwQod_zIN1gycity=bogota), el:18 de julio de 2018.
- Una ola de grandes reformas. (2000, febrero 18). *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1219284>, el:25 de febrero de 2018.

Vanegas Castellanos, A. (2011). *Derecho individual del trabajo* (Primera). Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional LTDA.

Yárnoz, C. (2016, diciembre 19). La primera revuelta de conductores de Uber en Francia obliga al Gobierno a intervenir. *El País*. Recuperado de [http://economia.elpais.com/economia/2016/12/19/actualidad/1482164970\\_634000.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/12/19/actualidad/1482164970_634000.html), el:11 de abril de 2017.