

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Artículo de reflexión para optar por el título de abogado

**Título: Uber B.V. y Conductores: una Relación que
Perturba los derechos laborales y de la Seguridad Social**

Estudiante: Jefferson Tobón Ríos
Programa: Derecho (sede Medellín)

Medellín, Antioquia

2021

Uber B.V. y Conductores: una Relación que Perturba los derechos laborales y de la Seguridad Social¹

Jefferson Tobón Ríos²

Resumen

Este artículo tiene como objetivo principal determinar el tipo de relación jurídica entre Uber B.V. y los conductores en cuanto a la prestación del servicio de transporte y, como consecuencia, el tratamiento que jurídicamente debería tener frente a la seguridad social. Inicialmente, se determinará el objetivo de la seguridad social y su funcionamiento en Colombia; en qué consiste la economía colaborativa y que papel tienen las plataformas digitales; cuáles son las categorías de una relación laboral y; finalmente, se analiza cuáles de esas categorías se ajustan a la relación jurídica entre Uber B.V. y el conductor. La metodología usada fue el análisis documental. La investigación arrojó como resultado que el tipo de relación jurídica entre estos actores frente al servicio de transporte no pertenece al ámbito del derecho laboral, pues solo se ajustan las categorías de la *prestación personal del servicio* y la *subordinación* en su aspecto del *modo*.

Summary

¹ Artículo de reflexión para optar por el título de abogado; Semillero de Reformas a la Seguridad Social; Autor: Jefferson Tobón Ríos. Esta investigación fue terminada el 18 de mayo de 2020.

² Egresado no graduado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; miembro del Semillero de Reformas a la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; egresado con énfasis en derecho laboral y de la seguridad social; correo electrónico: jefferson.tobonr@udea.edu.co.

This article's main objective is to determine the type of legal relationship between Uber B.V. and drivers regarding the provision of transport services and, as a consequence, the treatment that they should legally have in relation to social security. Initially, the objective of social security and its operation in Colombia will be determined; what is the collaborative economy and what role do digital platforms have; what are the categories of an employment relationship and; Finally, we analyze which of those categories fit the legal relationship between Uber B.V. and the driver. The methodology used was documentary analysis. The research found that the type of legal relationship between these actors vis-à-vis the transport service does not belong to the field of labor law, since only the categories of personal service provision and subordination in their aspect of mode are adjusted.

Palabras clave

Derecho laboral, seguridad social, Uber, crowdsourcing y plataformas digitales.

Keywords

Labor law, social security, Uber, crowdsourcing and digital platforms.

Introducción

En Colombia el acceso al sistema integral de seguridad social está condicionado y diferenciado conforme al cumplimiento de requisitos, esto significa que, la cobertura y responsabilidades frente al mismo dependen de la calidad de los sujetos que cotizan, retienen o son responsables del aporte a la seguridad social. Sujetos tradicionales como el empleador, el empleado, el independiente y el contratista, determinan en la actualidad las diferentes responsabilidades, cargas y coberturas de cara al propio sistema.

Con la economía colaborativa, el crowdsourcing y la intervención en él por parte de las plataformas digitales, se presentan nuevas problemáticas y retos en cuanto al tratamiento jurídico en el ámbito de la seguridad social, debido a la dificultad en la determinación de la calidad de los intervinientes, pues, esta economía parece brindar a los sujetos una libertad y control diferente al existente en relaciones tradicionales. Es por ello que, para los operadores jurídicos no es claro el tipo de vínculo jurídico que existe en relaciones como la de Uber y conductores y, en consecuencia, tampoco lo es el tratamiento que deben tener en seguridad social.

La metodología utilizada fue el análisis documental que permitió la realización de un estudio minucioso de la relación entre Uber B.V. y los conductores en la prestación del servicio de transporte de pasajeros.

Esta investigación arrojó como resultado que la relación entre Uber B.V. y conductores no es una relación de tipo laboral, pues tan solo se ajustan en ella las categorías: *prestación personal del servicio y subordinación* en su aspecto del *modo*. Sin embargo, se observó que entre estos actores existe una subordinación tanto económica, como jurídica, esta última materializada por el contrato de adhesión y por el gran poder negocial ostentado por Uber B.V. Ello, cuestiona el tratamiento del conductor y la plataforma como escuetos independientes e intervinientes respectivamente.

Así las cosas, inicialmente se hablará del origen de la seguridad social y con él, de su importancia como método de satisfacción de necesidades sociales, en segundo lugar, del funcionamiento del sistema de seguridad social en Colombia que dará cuenta de su condicionamiento a una calidad determinada, posteriormente de las categorías del derecho del trabajo, para finalmente, analizar un contrato vigente de Uber B.V. y los conductores en cuanto a las categorías del derecho laboral.

Origen de la seguridad social

La seguridad social “(...) es un instrumento de satisfacción de necesidades sociales surgido de la capacidad de previsión del individuo y de la solidaridad como valor social (...)” (Arenas Monsalve, 2007, pág. 3). De ahí que pueda desprenderse que uno de los principales objetivos de la seguridad social sea la satisfacción de necesidades sociales y; así mismo, que uno de sus pilares primordiales sea la solidaridad.

La seguridad social nace, según dicho autor, como consecuencia de un proceso en busca del perfeccionamiento y la previsión de la satisfacción de esas necesidades, es así, como pasa por el asistencialismo (caridad, medidas asistenciales familiares e incluso asistencia pública), posteriormente transita por una etapa de *previsión* individual, cuyo mecanismo principal será el ahorro; y una previsión colectiva. De esta última, surgen como mecanismo de previsión el mutualismo y el seguro privado, que más adelante dará paso al *seguro social*. Este último, funcionará básicamente como su predecesor, pero con intervencionismo estatal y una obligatoriedad de cotización por parte de ciertos grupos de la sociedad, generalmente trabajadores subordinados. El problema de este radica principalmente en su selectiva cobertura (Arenas Monsalve, 2007). En ese sentido dice Arenas:

[L]as imperfecciones del seguro social llevan a la humanidad a pensar en un instrumento de protección ideal y universal, y surge así la noción de *seguridad social* como el mejor elemento que se haya ideado para brindar soluciones a las necesidades sociales. (Arenas Monsalve, 2007, pág. 5)

El seguro social, por su parte, pretende funcionar de manera similar al contrato de seguro (su predecesor), es decir, una especie de contrato en el que se traslada un cierto número de riesgos a un tercero a cambio del pago de una suma de dinero denominada prima. Una de las principales diferencias entre el seguro tradicional y el seguro social, es que este último es de contratación, suscripción o afiliación obligatoria, esto significa, que algunas personas (usualmente trabajadores subordinados) están obligadas a adquirirlo.

En ese sentido, es importante señalar que no debe confundirse el concepto de *seguridad social* con los demás conceptos especialmente seguro social. Así mismo es relevante resaltar algunas de las principales diferencias que tienen dichos conceptos. El profesor Arenas, señala algunas de ellas (2007, pág. 11):

- Los seguros sociales cubren un número limitado de riesgos. La seguridad social pretende otorgar garantías para todos los riesgos sociales.
- Los primeros pretenden cubrir a cierta parte de la población (trabajadores asalariados dice Arenas). La segunda se dispone para la población general.
- Los primeros requieren pago de cotizaciones, cumplir ciertos requisitos y la cotización está directamente relacionada con la prestación. La seguridad social, en cambio, por su carácter solidario derivado de la “redistribución de la renta nacional” presupone una cobertura de riesgos generales en beneficio de todos.

De lo anterior es posible concluir, que la seguridad social a diferencia del seguro social, pretende una cobertura universal, tanto de necesidades sociales, como de la sociedad, sin un riguroso cumplimiento de requisitos, y sin estar condicionado, por ejemplo, a la existencia de una relación contractual.

No obstante, dice Arenas (2007, pág. 12), la expresión seguridad social, jurídicamente suele usarse en tres sentidos: *pretérito o limitado*, *presente o contributivo* y *futuro o ideal*. El primer sentido A) “pretérito o limitado”, concibe la seguridad social como un “seguro social”; es decir limitado a una población y a determinados riesgos. En el segundo, B) “presente o contributivo” cada ordenamiento jurídico, en la medida en que pueda, se desprende de los límites del seguro social para acercarse a la seguridad social en sentido ideal, esto es, universalidad subjetiva (cobertura a todos los sujetos) y objetiva (protección universal de riesgos sociales). En este sentido, por los límites financieros, la seguridad social mantendría las contribuciones “principalmente con cuotas”, pero existirán también “mecanismos de asistencia o de

cotizaciones subsidiadas”; y finalmente, C) un sentido o visión “futura”, “asistencial” o “ideal”, que observa a la seguridad social como un mecanismo que garantiza “el bienestar material, moral y espiritual de todos los individuos”. Según Arenas, no existe una sociedad que tenga los medios financieros para mantener la seguridad social en este sentido (2007, pág. 12).

Por otro lado, la seguridad social también tiene un origen histórico. Uno de sus hechos hitos ocurrió en Alemania durante el siglo XIX. Allí el crecimiento poblacional dado en ese momento, entre ellos, el de un proletariado urbano y en proceso de industrialización que se exponía a riesgos sociales, da origen a la asociación sindical y al partido social demócrata (Arenas Monsalve, 2007, pág. 21). Durante este periodo existió una gran crisis económica que obligó a la realización de huelgas y al cierre de muchas fábricas. Nace además una corriente que pretendía calmar las tensiones entre el trabajo y el capital cuyas ideas eran que el estado no debía “permanecer indiferente a la miseria de una parte de la nación” y por el contrario, proclama que este tiene una función civilizadora y de bienestar ejercida entre otros, mediante impuestos (Arenas Monsalve, 2007, pág. 21).

Es así como en Alemania se migró del librecambismo al proteccionismo estatal, cuestión que proporcionó recursos para una política social en la que posteriormente Bismarck expediría el Reichstag de 1881, luego la Ley del 15 de junio de 1883 que organizó el seguro de enfermedad, la Ley del 6 de julio de 1884 que creó el seguro de accidentes de trabajo y la del 22 de junio de 1889 que dio vida al seguro de invalidez y vejez (Arenas Monsalve, 2007, pág. 21). Básicamente en la actualidad el sistema que garantiza estas necesidades sociales (y algunas más) es el que ha sido llamado de seguridad social.

Visto lo anterior, podría preguntarse ¿Cuál es la importancia de la creación y mantenimiento de un sistema de seguridad social? Del texto del profesor Arenas, pueden extraerse varias cuestiones. La primera de ellas, es que la seguridad social nace, al parecer, de un proceso histórico en el que, en especial, un grupo poblacional reclamaba del estado la protección y

garantía de necesidades sociales (básicas en ese entonces), ello es, que la seguridad social pretende proteger a la población de ciertas necesidades que por sí misma le costaría proteger (por la organización, por la falta de voluntad o por cualquier otra razón) y en segundo lugar, la seguridad social pretende garantizar la satisfacción de esas y más necesidades sociales.

Las necesidades sociales que el estado debería garantizar y satisfacer son, idealmente, conforme a la seguridad social “asistencial”, todas las necesidades, pero en un sentido “presente” y más realista, aquellas necesidades que cada ordenamiento decida darle prelación manteniendo presente el avance hacia una cobertura universal.

El sistema de seguridad social colombiano parece estar ubicado en el que Arenas llama “contributivo”, sin embargo, se pretende prestar atención especialmente a esa parte que se comporta como un seguro social, pues en la actualidad en Colombia el amortiguamiento de las necesidades sociales surgidas por la vejez, la invalidez, la muerte e incluso la salud; generalmente están mejor garantizadas si se contribuye al denominado sistema de seguridad social integral.

El Sistema de Seguridad Social en Colombia para trtabajadores e independientes

El Sistema General de Seguridad Social en Colombia conforme a la Ley 100 de 1993 se divide principalmente en cuatro subsistemas: pensiones, riesgos laborales, salud y servicios sociales complementarios (artículo 8). Dentro de la mayoría de estos subsistemas existen regímenes contributivos, ello es, un régimen en el que ciertos sectores de la población están obligados a realizar cotizaciones y regímenes subsidiados, donde a determinadas personas les son subvencionadas, en parte o en todo, las cotizaciones o los costos de los servicios.

No obstante, a pesar de existir ambos regímenes, estos no cubren a todas las personas pues en uno y otro se requieren el cumplimiento de requisitos para el acceso, por un lado, en el contributivo, es necesario esencialmente tener capacidad de pago, ya sea como independiente, contratista, rentista de capital o trabajador subordinado y por el otro, en teoría el estado pretende, usualmente (dependiendo del subsistema), focalizar la cobertura a quien más lo necesita, este es el caso del régimen subsidiado en salud y en pensiones (en riesgos laborales no existe un régimen subsidiado).

En Colombia, también existen dentro del sistema general de seguridad social, los llamados, “servicios sociales complementarios”, en los cuales se encuentra uno de sus programas más conocidos: “Colombia mayor”, destinado a la asistencia de adultos mayores desamparados, sin una pensión o en condición de indigencia o extrema pobreza, por medio de la entrega de un subsidio económico, ya sea directo o indirecto mediante la inyección de recursos a instituciones o programas cuyo objetivo es la asistencia de la misma población (Fondo de Solidaridad Pensional, 2020).

De ese modo, se observa que en Colombia la seguridad social parece funcionar, conforme a la clasificación hecha por Arenas, en un sentido “contributivo” pues no solo cuenta con un sistema como el del seguro social, sino que además, posee regímenes subsidiados y programas

asistenciales sin llegar aún a una cobertura universal objetiva y subjetiva. Sin embargo en el caso de plataformas digitales debe prestarse especial atención a aquella parte cuyo funcionamiento se asemeja al de un seguro social, en el caso colombiano, a los regímenes contributivos de los subsistemas, pues es allí donde se halla el principal problema de financiación y cobertura, ya que tal como lo exige un seguro social, en el régimen contributivo 1) para ciertas personas es obligatoria la realización de cotizaciones al sistema, 2) se garantiza un limitado número de riesgos y a determinadas personas y 3) esa garantía está directamente relacionada con la cotización.

Inicialmente se hablará del subsistema de pensiones donde se determinarán los obligados y responsables de las mencionadas cotizaciones. En general, en todos los subsistemas existen personas obligadas a realizar cotizaciones. Para el subsistema de pensiones los obligados son los siguientes:

Aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. (Artículo 15, Ley 100 de 1993).

Como puede observarse la mayor parte de los contribuyentes en el subsistema pensional, están condicionados a la existencia de una relación contractual o cuando menos a la superación de ciertos ingresos, pero como se verá a continuación, la cotización en sus diferentes subsistemas, así como el responsable de realizar o retener la cotización, variará dependiendo de la calidad de la persona que cotice (empleador, empleado, contratista, independiente, etcétera).

Por su parte, la obligación de cotización en el régimen contributivo al sistema de pensiones corresponde al 16% del ingreso base de cotización (IBC), el cual se divide de la siguiente forma: cuando la relación es laboral el trabajador debe pagar un 25% de la cotización y el empleador el restante 75% lo que se traduce en la actualidad en un 4% y un 12% del ingreso base de cotización, respectivamente. Puede verse que, en una relación laboral, la cotización mayoritaria según el legislador se encuentra a cargo del empleador (artículo 22, Ley 100 de 1993), así mismo, la mayor responsabilidad por el aporte recaerá sobre este. Como ejemplo de dicha responsabilidad establece el artículo 133 de la Ley 100, la obligación de los empleadores de pensionar a trabajadores que hayan sido despedidos sin justa causa, que no hayan sido afiliados al sistema general de pensiones y que hayan laborado con el mismo entre diez y quince años.

Por otro lado, los independientes que no tengan contratos de prestación de servicios con personas jurídicas deberán pagar y realizar su propio aporte al sistema de pensiones (Artículo 3.2.7.2 del Decreto 1273 de 2018). Esta cotización se realiza de manera diferente a la mencionada en una relación laboral, pues la normatividad dispone que el independiente que tenga ingresos iguales o superiores a un salario mínimo deberá cotizar al sistema general de seguridad social, y su ingreso base de cotización, es decir, el monto del cual luego se sacarán los porcentajes destinados a seguridad social, será de un cuarenta por ciento de los ingresos mensuales sin que el IBC sea inferior al salario mínimo (artículo 244, Ley 1955 de 2019).

De otro lado, en cuanto al sistema general de seguridad social en salud, sucede algo similar. Cuando existe una relación laboral el empleador debe pagar la mayor parte de la contribución y debe retener al trabajador la parte restante. Luego, realizará el respectivo aporte al sistema. Es así como el empleador aportará el 8.5% del ingreso base de cotización y le retendrá un 4% a cada empleado para ajustar el 12.5% que debe ser cotizado (artículo 10, Ley 1122 de 2007).

De forma similar a como ocurría en el sistema general de pensiones, de faltar a dicha obligación, el empleador deberá correr con los gastos, asistencias y prestaciones del empleado o su núcleo familiar, si es que este tuviese las necesidades sociales que ampara dicho subsistema (artículo 2.1.9.1. del Decreto 780 de 2016). Cabe mencionar, además, que existen otras sanciones para quienes incumplan su obligación de cotizar al sistema general de seguridad social. Estas usualmente son impuestas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (artículo, 314 de la Ley 1819 de 2016).

Los independientes, por su parte, son los directamente obligados a realizar la cotización en salud, que equivale igualmente a un 12.5% (artículo 2 de la Ley 1562 de 2012). Ello significa que de no hacerlo y de incurrir en la necesidad social cubierta, deberán, por sus propios medios, encontrar la forma de satisfacerla.

Finalmente, en el subsistema de riesgos laborales los trabajadores dependientes, los jubilados y pensionados que se reincorporen como fuerza laboral, los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para las instituciones o que realicen prácticas académicas que impliquen un riesgo ocupacional para él, los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y los independientes e informales deben cotizar al sistema general de riesgos laborales (artículo 2 de la Ley 1562 de 2012).

En el caso de los trabajadores dependientes es el empleador quien debe realizar el respectivo pago a este subsistema (artículo 16 del Decreto Ley 1295 de 1994).

Puede observarse que cuando existe una relación laboral en este subsistema, el empleador debe en todos los casos realizar la afiliación al sistema general de riesgos laborales, situación que no sucede en el caso de independientes, pues ellos, solo deben estar afiliados si realizan una actividad de alto riesgo. Ello representa una desprotección, pues como dice Arenas, no debería ser voluntaria la cotización y afiliación a los sistemas de seguridad social, por el riesgo

de no cotización y la consecuente incapacidad de protección individual de las necesidades sociales que ampare el subsistema.

Por regla general entonces, las cotizaciones a seguridad social, si se está en una relación laboral, será retenida, aportada y pagada mayoritariamente por el empleador. Todo lo anterior, permite evidenciar que, en el sistema general de seguridad social colombiano se está mejor protegido y se garantiza mejor la cotización a los sistemas y las necesidades sociales de cada uno, si el tratamiento dado en seguridad social es el de un trabajador subordinado.

La economía colaborativa y las plataformas digitales

La economía colaborativa es un concepto que alude a una nueva forma de concebir las relaciones entre agentes económicos y que ha conseguido afectar a aquellos que operan bajo paradigmas de economía clásica. Esta nueva economía consiste en la utilización de plataformas digitales con el objetivo de “ofertar servicios de intermediación entre oferentes y demandantes de bienes y servicios” (Cárdenas, 2020, pág. 1).

Nótese que el principal objetivo de las plataformas, según Cárdenas, es ofrecer servicios de *intermediación*, esto es, se propone mediar la relación entre quienes, por ejemplo, prestan un servicio y quienes lo solicitan sin prestar directamente el servicio principal (como el de transporte). Según La Comisión Nacional De Mercados y Competencias (citado por Cárdenas, 2020, pág. 3) esta economía, se caracteriza por ser “un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo” mediante el cual, los agentes comparten “activos, bienes y servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario” utilizando para esto, “plataformas sociales digitales, y en especial internet”. Dicha economía tiene además la peculiaridad de que las transacciones se producen generalmente entre particulares (peer to peer).

Según Rachel Bostman (citada por Cárdenas, 2020, pág. 4), el modelo de negocio de esta corriente, tiene la singularidad de mantener un contacto directo entre el prestador o productor y el consumidor del servicio o producto, de manera que entre estos, se comparten, intercambian, comercializan o alquilan, bienes o servicios. Hace algunos años ya se encontraban más de 7.500 plataformas que operaban bajo este modelo, aparecen plataformas como Uber (la cual interviene en la prestación de servicios de transporte), Wallapop (destinada a la venta de productos usados), Grownies (cuyo objeto es el intercambio de ropa de niños), Airbnb (propuesta para el alquiler de sitios para hospedarse), entre otras (Cárdenas, 2020).

Uber, una de las plataformas más usadas en Colombia, es creada en el año 2009 y comienza a prestar sus servicios en la ciudad de San Francisco, California y posteriormente, es expandida por el globo (Narváez, 2018, pág. 39). Esta plataforma está destinada a intermediar la prestación de servicios de “transporte individual de pasajeros” (Hernández & Galindo, citado por Narváez, 2018, pág. 38), ello es, intermediar la relación entre “ofertantes” (conductores) y demandantes (usuarios de servicios) (Cárdenas, 2020).

Durante el año 2015 será más utilizada en el mercado colombiano principalmente en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla (Narváez, 2018, pág. 39). Una de sus principales características es que la prestación del servicio de transporte se suministra en automóviles particulares. Uber, según su página web, dependiendo de la ciudad, ofrece la intermediación del servicio de transporte desde vehículos como patinetas Scooter JUMPS y bicicletas hasta servicios aéreos por medio de helicópteros (Uber Copter) (Uber, 2020). Estos últimos servicios mencionados no están disponibles en Colombia.

Es difícil hablar de plataformas digitales, sin antes comprender lo que ha sido denominado como crowdsourcing. Las palabras que componen el concepto significan en español multitud o abundancia de personas (crowd) y externalización (outsourcing) (Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. 3). Este, se entiende como el acto de externalizar las tareas entre un grupo de personas, ello es, según Howe (citado por Organización Internacional del Trabajo, 2019, pág. 3) “aceptar un trabajo que en algún momento fue realizado por un determinado agente (empleado, independiente o empresa separada), tercerizándolo a un grupo de personas indefinido y generalmente grande, mediante una convocatoria abierta que normalmente se hace por Internet” (subrayas fuera del texto). Es de observar que, según dicho autor, la actividad que tradicionalmente sería realizada por agentes *determinados*, ahora se ofrece a *indefinidos* y en convocatorias accesibles a multitud de personas.

De la definición de Howe, se pueden desprender las siguientes características: la primera, la labor a realizar será generalmente ofertada a *grupos indeterminados*. Este cambio es importante pues tradicionalmente esas labores eran realizadas por *agentes determinados* (algunos agentes tradicionales, según Howe son los empleados, independientes y las empresas). La segunda característica importante, que además está estrechamente relacionada con la primera, es que dicha labor ya no será contratada de manera directa, sino que será *tercerizada*. La tercerización consiste en una forma de organización del trabajo que pretende abandonar la “empresa unitaria”, esto es, las empresas dejan de tener a cargo todas las fases del proceso productivo, y optan por realizar solo “las actividades nucleares (...)” externalizando “(...) las demás fases para que sean desarrolladas por otros sujetos (...)” (Polo Campos, Zeitoune Gollner, Luz Lisboa, & Vásquez Charcape, 2017, pág. 151).

De ahí que pueda pensarse que en el caso de plataformas digitales como Uber, exista tercerización, pues esta podría prestar directamente el servicio de transporte contratando conductores propios, pero en vez de ello, elige prestar principalmente el servicio de intermediación para el contacto entre quienes requieren un servicio de transporte y quienes quieren prestarlo.

En ese sentido, las plataformas digitales son el vehículo que facilita la externalización de esas tareas a los grandes grupos de personas, ellas son básicamente sitios webs o aplicaciones informáticas que ofrecen “infraestructura técnica” para que quienes necesitan un servicio tengan un lugar donde publicar tal necesidad y donde, al tiempo, varios potenciales prestadores acepten o no la realización o satisfacción de la misma (Organización Internacional del Trabajo, 2019). En otras palabras, las plataformas digitales median y contribuyen al mantenimiento del crowdsourcing.

Según la OIT (2019, pág. 5) las plataformas pueden categorizarse de la siguiente forma: 1) en plataformas basadas en la ubicación, donde se encuentran servicios como el de alojamiento,

transporte, entregas, servicios para el hogar y micro tareas locales. En este grupo se hallan plataformas como Uber, Rappi, Airbnb, etcétera.; Y 2) en plataformas basadas en la web, esto es, una modalidad en la que no es necesario que el usuario y el prestador del servicio se muevan a algún lugar específico. Aquí se hallan aquellos trabajos “freelance” a través de plataformas, también se encuentran los que realizan micro tareas a través de las mismas y trabajos en plataformas creativas basadas en concurso.

Elementos de la relación laboral

El derecho laboral o derecho del trabajo “es el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena (y, en cuanto tal, retribuido)” (Mirabal Rendón, 2005, pág. 117). En consonancia con esto, el legislador colombiano creó en 1950 el Código Sustantivo del Trabajo (CST) el cual mantiene su vigencia en la actualidad. Este, estableció en su artículo tercero que regulará: las relaciones “de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares”. En esta definición el trabajo debe ser entendido como “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad (...)” (subrayas fuera del texto) (artículo 5, CST). De ahí que se pueda comenzar a dibujar los elementos de subordinación y prestación personal del servicio, algunos de los principales en las relaciones laborales.

En Colombia toda relación de trabajo esta mediada por un contrato de trabajo, pues el legislador ha señalado que en este tipo de relación se presume la existencia de este (artículo 24, CST). Dicho contrato según el Código Sustantivo del Trabajo debe tener tres elementos esenciales: primero, *la prestación personal del servicio*. Esta consiste en que el trabajador debe realizar la actividad por sí mismo sin que le sea permitido enviar, por ejemplo, a otra persona para que lo supla en sus labores; segundo, *la continuada subordinación* del trabajador al empleador la cual le permite al último imponer reglamentos, dar órdenes al trabajador y determinar el tiempo, modo y lugar de cumplimiento de las mismas; y tercero, un *salario* por el servicio prestado, en otras palabras, *retribución* por el trabajo realizado (artículo 23, CST). No obstante, la jurisprudencia y la doctrina como se verá, ha incluido en ocasiones un cuarto elemento que podría ser auxiliar, la *ajenidad*.

Como se dijo, las relaciones laborales en Colombia se presumen mediadas por un contrato de trabajo, que según Mirabal (2005, pág. 117) es un “vínculo jurídico acordado entre dos partes contratantes” en el cual, el empleado se obliga a “prestar sus servicios personales en un tiempo preestablecido, de forma continuada, en favor y por cuenta de su empleador” a cambio de una remuneración y el empleador a su vez obtendrá un provecho usualmente económico por la labor ejercida por el trabajador. Es de resaltar entonces que el contrato de trabajo, según Mirabal, es el *vínculo jurídico* entre los actores de las *relaciones laborales*.

El primer elemento del contrato o de la relación de trabajo, *la prestación personal del servicio*, consiste en que una de las dos partes contratantes se obliga a prestar sus servicios personalmente a su empleador, lo que se traduce en que él mismo, sin sustituto ni ayudante, debe ejecutar la función que le sea encomendada. Tiene sentido este elemento toda vez que, en una relación laboral el trabajador es incorporado como un dispositivo más de la cadena productiva y no como “la acción que pudiera desplegar cualquiera” en pro de la actividad (Mirabal Rendón, 2005, pág. 118). Es por ello, que de faltar el calificativo *personal* desaparecería la relación laboral tal como lo establece nuestra legislación del trabajo (Artículo 23, literal a, CST).

Este es precisamente el tipo de trabajo que regula el derecho del trabajo. Según Alfredo Montoya Melgar (Citado por Mirabal Rendón, 2005, pág 119) este derecho regula “el trabajo a cuya realización se comprometen de modo personalísimo (...) personas (...) naturales”, sin que sea posible sustituir novatoriamente al trabajador. En ese sentido, al derecho del trabajo no interesarían aquellas relaciones en las que el trabajador sea fungible como en los contratos de prestación de servicio de naturaleza civil en el que principalmente importa el cumplimiento de una determinada meta o labor pudiendo quien presta el servicio cumplirla mediante o con ayuda de un tercero.

El segundo elemento del contrato o la relación de trabajo es la *ajenidad*. El empleador conforme a este elemento asume los riesgos del proceso productivo, pues este es propietario y organizador del mismo. De ahí que el trabajador tenga una obligación de medio y no de resultado, ello es, que debe cumplir con sus funciones diligentemente sin que deba importarle generalmente el impacto económico que represente para su empleador y en ese sentido el trabajador serio ajeno a la producción (Mirabal Rendón, 2005, pág. 123). En otras palabras, el trabajador no debe asumir las pérdidas que le sean generadas a su empleador.

La Corte Suprema de Justicia Sala laboral ha expresado (Sentencia CSJ SL 1021, 2018):

Tanto la ajenidad, como la dependencia van a constituirse en conceptos jurídicos que, en todos los casos de aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, van a requerir de valoración judicial y, en el caso de las profesiones liberales van a servir de indicadores para establecer cuándo es posible que se concrete una relación de trabajo, en una actividad a la que por esencia se le va a dificultar imponer las reglas laborales ante la marcada autonomía intelectual que se requiere, que pueden hacerlas incompatibles con el poder de dirección empresarial.

Es de anotar que, aunque dicho elemento no aparezca de manera expresa en el mencionado artículo 23 del CST él se encuentra en el 28 del mismo código el cual establece que “[e]l trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas” (CST), es decir, *ajenidad en los riesgos*. Así mismo, tal como ha dicho la Corte Suprema de Justicia este debe ser tenido en cuenta para la valoración judicial respecto a la existencia de una relación laboral.

La ajenidad tiene tres principales aspectos: *ajenidad en la titularidad de la producción, en la propiedad de los medios de producción y en los riesgos de la producción*. La ajenidad en la titularidad de la producción consiste en que el producto del trabajo (sus frutos), está destinado, cuando menos inicialmente, a una persona diferente al trabajador, pues no le pertenecen a este, en otras palabras, al trabajador no le pertenece nada de lo que se produce (Olea citado por Mirabal Rendón, 2005, pág. 124). En esa medida, el trabajador deberá ceder a su empleador,

desde el momento en que se produce, “la titularidad de los frutos de su quehacer subordinado”. Como ejemplo de dicha ajenidad, en cuanto a la propiedad de los derechos patrimoniales establece el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011:

En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra(...).

Puede observarse del párrafo anterior que incluso, los derechos patrimoniales sobre la propiedad intelectual (no así los morales de esta), se presume le pertenecen al empleador. Lo anterior tiene sentido pues, el derecho laboral pretende proteger al trabajador, parte más débil de la relación, y este, entre otras razones, se encuentra en esa posición porque no tiene la capacidad para producir sus propios frutos. En esa medida, de determinarse que el trabajador se apropia de los mismos, se considera que no es un *trabajador dependiente*, sino, por ejemplo, autónomo o independiente, y por tanto el derecho que lo regulará será diferente al laboral (Mirabal Rendón, 2005, pág. 126).

El segundo aspecto de la *ajenidad*, se da en *la propiedad y organización de los medios y factores de producción*. En esta acepción el trabajador no deberá tener la titularidad de los medios o factores con los que se produce, sino que estos usualmente le pertenecen o son dispuestos por el empleador, quien además establece el uso y la organización de los mismos. El trabajador será una pieza más en la estructura organizacional para la producción de bienes o servicios (Mirabal Rendón, 2005, pág. 127). Contrario sensu, de observarse que los medios y la disposición de los mismo están completamente en manos del presunto trabajador, se estaría en presencia de una relación que no es de naturaleza laboral.

La tercera acepción, la *ajenidad en los riesgos de la producción*, se relaciona estrechamente con ajenidad en la titularidad de producción y ,en sí, en el apropiamiento directo de los frutos

pues si el trabajador no se apropia ad origine de lo producido tampoco debería asumir los riesgos de pérdida de la misma producción pues estos le corresponden a su empleador (Mirabal Rendón, 2005, pág. 130). Así lo dispone el mencionado artículo 28 del CST cuando dispone que el trabajador puede participar de las utilidades, pero no de las pérdidas. Dice Mirabal (2005, pág. 130) que estos criterios de ajenidad no deben ser observados para definir una relación laboral individualmente, sino que deben tratarse como elementos coadyuvadores que delimitarán mejor aquellos casos que se encuentren en zonas aparentemente *grises*.

El siguiente elemento para determinar la existencia de una relación o contrato de trabajo es *la subordinación o dependencia*. El trabajador de conformidad con este elemento subyuga su fuerza de trabajo al empleador a cambio de una remuneración. La subordinación implica recibir y acatar órdenes del empleador en el proceso productivo, es decir, “el trabajador queda subordinado a las directrices que impone su empleador” (Mirabal Rendón, 2005, pág. 133). En palabras de Rafael Guzmán el contrato de trabajo puede verse como un “convenio de enajenación temporal de la libertad del trabajador”, pues “coarta la libertad personal del obligado para elegir a voluntad las condiciones de modo, tiempo y lugar en que esa obligación ha de ser cumplida” (Citado por Mirabal Rendón, 2005, pág. 133).

Dicha subordinación se origina, no en el recibimiento de órdenes y el acatamiento de instrucciones y reglamentos (pues estas cuestiones son efecto y no causa), sino, en la obligación del trabajador de laborar por cuenta ajena y mantenerse a disposición del empleador (Rafael Guzmán citado por Mirabal Rendón, 2005, pág. 134). Así, la subordinación es causada por la *obligación de trabajar en un tiempo, modo y lugar determinados por el empleador* y de esa obligación es que se deriva el recibimiento de órdenes y el acatamiento de instrucciones y reglamentos. En ese sentido la subordinación se materializa porque el trabajador le entrega libremente a su empleador su fuerza de trabajo en un tiempo dado y “bajo la potestad organizadora (...)” del mismo (Mirabal Rendón, 2005, pág. 134).

Es evidente que esa disposición temporal de la fuerza de trabajo que tiene el empleador implica para el trabajador una pérdida parcial de la libertad y esta merma en la libertad a su vez es uno de los principales justificantes de la existencia de una legislación especial que ampara a quien la entrega (Rafael Caldera citado por Mirabal Rendón, 2005, pág. 135).

La subordinación a su vez, puede observarse desde dos aspectos: uno jurídico o jerárquico expresado en el sometimiento del trabajador al empleador, y otro económico, que se refleja en que el trabajador depende de la remuneración para poder subsistir (Hernández Álvarez y Raquel Richter citado por Mirabal Rendón, 2005, pág. 136). En otras palabras, el vínculo jurídico que ha creado el legislador no es lo único que lo subordina, sino también una realidad económica, ello es, el trabajador usualmente depende de lo que su empleador le retribuye para vivir.

Finalmente se hablará de la *remuneración* (usualmente denominada salario o sueldo) como elemento para determinar la existencia de una relación o contrato de trabajo. Esta es la contraprestación económica recibida por el trabajador derivada de la entrega que él hace de su fuerza de trabajo al empleador, es decir, es la retribución que el empleado recibe por prestar sus servicios. Es importante mencionar que salario es todo aquello que el trabajador percibe como retribución directa por sus servicios prestados. Así lo establece nuestro CST en el artículo 127 el cual reza:

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Puede observarse que no solo será constitutivo de salario lo recibido en dinero, sino también, es posible que un pago en especie constituya el mismo, como por ejemplo un pago realizado

en alimentos o vivienda. Este es uno de los principales elementos del contrato de trabajo tal como lo dice Rendon (2005, pág. 139):

[S]i el prestador del servicio, percibe del beneficiario una contraprestación fija, preestablecida y proporcional, estaremos en presencia de un fuerte indicio de laboralidad. En cambio, si la retribución del dador del servicio proviniere de un tercero o variase dependiendo de la cantidad y calidad del trabajo ejecutado, o si la misma no es adecuada con la labor desempeñada, se perfilaría, por el contrario, un indicio de autonomía jurídica.

En suma, se ha dicho que los elementos del contrato de trabajo son la *subordinación, la prestación personal del servicio, la remuneración por el servicio prestado y la ajenidad en la titularidad de los medios, en la titularidad de la producción y en los riesgos*. De faltar alguno de estos elementos se estaría fuera del área del derecho del trabajo.

Uber B.V: análisis de los elementos de la relación laboral

Como se dijo en el capítulo precedente “La economía colaborativa y las plataformas digitales” existen plataformas basadas en la ubicación. Dentro de ellas se halla Uber B.V. quien otorga licencias de uso de aplicaciones como la “Driver App”, de páginas web, servicios de pago y servicios de apoyo relacionados (Uber B.V., 2020, pág. 6 y 13) para la *prestación de servicios de interconexión bajo demanda* que permiten a los conductores (proveedores del servicio de transporte) localizar, recibir y dar cumplimiento a peticiones de servicios de transporte demandados por los usuarios (Uber B.V., 2020, pág. 2).

La relación jurídica entre Uber B.V. y los conductores que pretenden utilizar los servicios de la plataforma, está mediada por un contrato que ha sido creado por la misma compañía. Este se halló en la página web www.partners.uber.com el 20 de abril de 2020. La primera cuestión que puede extraerse de este es que la contratación se realiza específicamente entre una “persona particular” y Uber B.V. (Uber B.V., 2020, pág. 1) Puede inferirse, no solo por esta expresión, sino también por el resto de requisitos exigidos (como la autorización para conducir mediante una licencia) que por persona particular se refiere a una persona natural. Esto significa que en el presente contrato no es posible que la contraparte de Uber B.V. sea otra persona jurídica. Esta es la primera característica que se asemeja a la de una relación laboral, pues en ella, tampoco es posible que exista como trabajador una persona diferente a la natural.

La segunda característica que se puede extraer es que es *un contrato de adhesión*. Este es un contrato en el cual “la voluntad del oferente es predominante y las condiciones son dictadas para un número indeterminado de aceptantes y no para una parte individual” (Volgar, citado por Echeverri Salazar, 2010, pág. 138). En el caso de Uber, la compañía es quien dicta condiciones para un número indeterminado de conductores (y usuarios). Este tipo de contrato está configurado anticipadamente por una sola de las partes, de manera que la otra (el

adherente) de elegir contratar debe hacerlo sobre su base (Volgar, citado por Echeverri Salazar, 2010, pág. 138).

Lo anterior es coherente con el fragmento del contrato de Uber que expresa: “al aceptar el presente documento o al hacer uso de la Driver App (...) se entenderá que Usted se vincula a los términos del presente Contrato” (Uber, 2020, pág. 1). En este contrato hay poca o nula posibilidad negocial de los términos y condiciones, pues los conductores no pueden más que aceptar o rechazar el contrato ofrecido ya que, es Uber B.V. quien fija las condiciones sin que la voluntad particular de los conductores sea tomada en cuenta. En otras palabras, en esta relación, quien predispone los términos y condiciones del contrato es Uber y quien se adhiere es el conductor.

Según Pedro Montes el contrato de adhesión “se celebra con base en ofertas uniformes, según un modelo fijado de antemano, dirigidas a todas las personas que pueda interesar la cosa o servicio ofrecido” (citado por Echeverri Salazar, 2010, pág. 139) en este caso, el servicio de intermediación para la prestación del servicio de transporte de pasajeros ofertado a conductores. Según la profesora Verónica Echeverri uno de los rasgos más característicos del contrato de adhesión es la *unilateralidad* según la cual el predisponente es quien configura el modelo del contrato (2010, pág. 139). La segunda característica de dichos contratos es la *rigidez del esquema predispuesto por el empresario* que se traduce en la *carencia del poder de negociación de una de las partes* (Echeverri, 2010, pág. 139).

La tercera característica que menciona Echeverri es el gran poder de negociación que tiene una de las partes, pues, “predisponer un contrato presupone poder de negociación”. La autora aclara que este poder de negociación suele ser coincidente con el poder económico, no obstante, no ser siempre de esa forma. Como ejemplo menciona los contratos de adhesión que se realizan entre dos empresas con similares poderes económicos y aun así una de ellas debe adherirse. Es por esto que la autora elige limitar ese poder al de *negociación* (2010, pág. 139). Estas dos

últimas características podrían ser agrupadas en una misma, ello es, en el poder de negociación del cual carece una de las partes y el que ostenta la otra. Y finalmente la última característica es *la predisposición*, esto es, la facultad de una de las partes de establecer las condiciones del contrato con antelación.

Observados los rasgos más característicos del contrato de adhesión cabe analizarlos dentro del contrato Uber. En este es evidente que los conductores no tienen más opción que adherirse al predispuesto por la plataforma, esto significa que individualmente tienen nula o poca posibilidad negocial referente a, por ejemplo, las tarifas de transporte establecidas por la plataforma, el porcentaje que debe ser pagado a esta, o la posibilidad de incluir o modificar cuando menos una cláusula o término del contrato. Al conductor para poder usar los servicios de intermediación no le queda más remedio que adherirse a dicho contrato. Tanta es la disparidad entre las partes, que la compañía se reserva el derecho a modificar a su antojo y sin si quiera notificar a la contraparte, los términos del mencionado contrato (Uber B.V., 2020, pág. 2), y aunque la autora elige limitar la característica al poder negocial, en este caso coincide con el económico, pues se observa el contraste de este tipo entre el conductor (adherente) y la plataforma (predisponente). En suma, una de las características del contrato de Uber es que es de adhesión.

Las plataformas digitales, como se ha dicho, median y contribuyen al mantenimiento del crowdsourcing, pues estas son intermediarias en la externalización de tareas, pues intervienen en la publicación de un determinado bien o servicio que ofrecerá generalmente un particular a otro (peer to peer, o P2P). Tal parece, este es el caso también de Uber, pues, formalmente establece: “(...) Uber es un proveedor de servicios de tecnología que no ofrece servicios de transporte, no funciona como transportista, ni opera como agente para el transporte de viajeros” (Uber B.V., 2020, pág. 1), lo que significa que Uber no prestará el servicio de transporte de pasajeros.

Lo anterior es coherente con otros fragmentos del mismo contrato, por ejemplo cuando establece: “Usted se abstendrá de (...): (a) mostrar los nombres, logotipos o colores de Uber o de cualquiera de sus Afiliados; ni (b) llevar uniforme ni ninguna otra prenda que muestre los nombres, logotipos o colores de Uber o de cualquiera de sus Afiliados” (Uber, 2020, pág. 4). Podría pensarse, que Uber establece dicha cláusula con el objetivo de abstraerse de la vinculación a la prestación directa del servicio de transporte de pasajeros, pues el servicio que ofrece es el de *intermediación* para la prestación de ese servicio. Sin embargo, también puede pensarse que esta última cláusula se establece, además, para que sea disociado de una relación laboral entre Uber y el conductor.

De antemano, Uber dentro del contrato realiza calificaciones jurídicas del tipo de relación existente entre él y los conductores. Allí establece: “usted reconoce y acepta que la provisión de la Driver App y los Servicios Uber a Usted por Uber crea una relación comercial legal y directa entre Uber y Usted” (Uber B.V., 2020, pág. 4). Se observa que la primera calificación que realiza es de carácter comercial y más adelante en varias líneas afirma o sugiere que no es una relación de tipo laboral:

Las partes acuerdan expresamente que: (a) este Contrato no es un contrato laboral, ni genera ninguna relación de empleador--empleado (incluido desde la perspectiva del derecho laboral, derecho fiscal o derecho de la seguridad social) entre Uber y Usted; y (b) no existirá ninguna relación de empresa conjunta, asociación comercial o relación de agente entre Uber y Usted (Uber B.V., 2020, pág. 19).

En ese sentido continúan manifestando que las obligaciones fiscales y de seguridad social están en manos del conductor quien deberá comprometerse a cumplir con ellas y que en ningún caso Uber es responsable por estas (Uber B.V., 2020, pág. 12). Así mismo, más adelante asevera que de ser vinculado por la legislación o de algún modo como empleado de Uber, el conductor deberá conforme al contrato asumir y comprometerse a:

[E]ximir, defender (a discreción de Uber) y exonerar de toda responsabilidad a Uber y a sus Afiliados ante cualquier reclamación presentada por cualquier persona, entidad, organismo regulador o

autoridad gubernamental basándose en dicha implicación de empleo, agencia o relación de representación (Uber B.V., 2020, pág. 19).

Puede notarse que en varios fragmentos del contrato Uber B.V. se empeña en afirmar su desvinculación de una relación laboral. Pareciera una *excusatio non petita, accusatio manifesta*. No obstante, puede pensarse que la compañía pretende apartarse jurídicamente de esta materia probablemente por su legislación especial, que impone responsabilidades para quien funge como empleador y garantías para los trabajadores (como lo es la Seguridad Social mencionada por Uber B.V. dentro del mismo contrato).

Toda relación laboral, como se dijo precedentemente en este artículo, debe tener los elementos de prestación personal del servicio, subordinación, remuneración y, como ha dicho la Corte Suprema, en casos de zonas grises es posible asistirse del elemento de ajenidad.

Dentro de la relación existente entre Uber B.V. y los conductores (así mismo los usuarios) aparecen básicamente tres sujetos: Uber B.V., conductores y usuarios de servicios. En esta relación, a grosso modo, son ofrecidos dos servicios: a) un servicio de transporte y; b) un servicio de intermediación que comunica usuarios con conductores para demandar y prestar el primero.

Dentro de dicha relación, Uber B.V. presta el servicio de intermediación y el conductor el de transporte, luego, el conductor usa el servicio de intermediación. Finalmente el usuario hace uso de ambos servicios, siendo su finalidad utilizar el servicio de transporte. Uber no hace uso de ningún servicio. La relación que interesa analizar es la dada en la prestación del servicio de transporte y, especialmente, la incidencia que tiene Uber B.V. sobre el servicio y el conductor en concreto.

Tal parece, la prestación personal del servicio es uno de los elementos presentes dentro de la relación Uber, pues, conforme al contrato, solo el conductor específicamente inscrito es quien tiene la posibilidad de prestar el servicio de transporte. Si bien, esto no aparece

expresamente dentro del texto, puede inferirse por las condiciones establecidas en él. Una de ellas, es que el contrato siempre se contraerá con una persona determinada quien asumirá las condiciones establecidas en este. Otra, puede extraerse de una obligación del contrato frente a la utilización de la “Driver app” (aplicación utilizada por los conductores para prestar el servicio) la cual compromete al conductor, so pena de rescindirse el contrato, a impedir el “uso compartido” de esta aplicación con terceros (Uber B.V., 2020, pág. 6). Lo anterior significa que de ser utilizada la driver app por una persona diferente a él, el contrato podrá terminarse.

Coherente con esto Uber B.V. expresa:

Con sujeción a los términos y condiciones del presente Contrato, Uber otorga por el presente Contrato a Usted una licencia no exclusiva, libre de regalías, no transferible, no sublicenciable, intransferible, durante el período de vigencia del presente Contrato, para utilizar la Driver App en relación con la disposición establecida por Uber de los Servicios Uber únicamente para el propósito de ofrecer Servicios de transporte a Usuarios y localizar las Tarifas y Tasas resultantes (Uber B.V., 2020, pág. 13). (subrayas fuera del texto).

En pocas palabras, salvo el conductor contrayente, nadie está habilitado para prestar el servicio de transporte con la intermediación de Uber, lo que se traduce en que es él quien debe prestar personalmente el servicio.

Por otro lado, la subordinación no está presente completamente dentro del contrato. La subordinación es la entrega que hace el trabajador de su fuerza de trabajo al empleador en un tiempo, modo y lugar determinado por este último. Del contrato puede extraerse que Uber B.V. interviene principalmente, pero no completamente, en el modo en que el transportador presta sus servicios, entrometiéndose poco o nada en el tiempo y lugar de prestación del mismo.

En términos generales Uber B.V. afirma que no “forma parte alguna” de la relación “comercial” y “directa” que tiene el conductor con el usuario (Uber B.V., 2020, pág. 4) y coherente con ello expresa:

Uber no le dirige ni dirigirá ni controlará de forma general ni se considerará que deba hacerlo para la prestación de sus servicios con arreglo a este Contrato, incluido en relación con el desempeño de su actividad comercial, la prestación de Servicios de transporte, sus actos u omisiones o el uso y mantenimiento de cualquier Vehículo. Usted reconoce y acepta que dispone de la completa discreción para prestar servicios o participar de otro modo en otras actividades comerciales o laborales. Para mayor claridad, Usted entiende que conserva el derecho íntegro a prestar servicios de transporte a sus clientes ya existentes, así como a utilizar otros servicios de aplicación de software además de los Servicios Uber (Uber B.V., 2020, pág. 4).

Lo anterior debería tener como efecto que la prestación del servicio de transporte en términos generales debería ser dirigida por el propio conductor y el usuario del servicio. Por otro lado, es usual que en las relaciones laborales el empleador le pida y exija a sus trabajadores que porten logotipos o similares que sean alusivos a la empresa para la cual trabajan y esto podría observarse como una manifestación de la subordinación. En el caso de Uber, sucede exactamente lo opuesto. Obsérvese:

Usted se abstendrá de: (a) mostrar los nombres, logotipos o colores de Uber o de cualquiera de sus Afiliados; ni (b) llevar uniforme ni ninguna otra prenda que muestre los nombres, logotipos o colores de Uber o de cualquiera de sus Afiliados. (Uber B.V., 2020, pág. 4).

No quiere esto decir, que por esta simple formalidad escrita o aun cuando sea un hecho, no exista subordinación, pero, si es un indicio de que a Uber no le interesa ser vinculado o promocionado mediante los conductores o los vehículos que conducen. En términos generales esto es lo que dicta Uber frente a la subordinación.

Ahora, en términos específicos, como se dijo, Uber interviene mayormente en el aspecto de la subordinación que corresponde al *modo*, el cual responde a la pregunta ¿Cómo debe prestarse el servicio? Dentro de las condiciones del contrato son bastos los términos y condiciones establecidos frente a ello. Estos pueden catalogarse en: 1) las condiciones en las que el conductor debe mantener el vehículo; 2) las condiciones de la prestación del servicio de

transporte, tales como rutas, personas que pueden ingresar y mantenerse en el vehículo durante un servicio, y costos del mismo; y 3) cualidades del conductor.

En cuanto al primer punto, la compañía exige a los conductores mantener el vehículo en ciertas condiciones mínimas (Uber B.V., 2020, pág. 3). Sin embargo estas son exigencias que debe asumir cada conductor con sus propios recursos, pues deben poseer todo el “equipamiento necesario, herramientas y otros materiales” para prestar los servicios de transporte (Uber B.V., 2020, pág. 3)

Conforme al contrato el vehículo deberá:

(a) estar correctamente registrado y disponer de la licencia correspondiente para operar como vehículo de transporte de pasajeros en el Territorio; (b) ser propiedad o estar arrendado por [el conductor] o de otro modo en posesión legal [de él]; (c) ser apto para llevar a cabo los Servicios de transporte de pasajeros contemplados en el presente Contrato; y (d) ser mantenido en buen estado de funcionamiento, conforme a las normas de seguridad y mantenimiento del sector para un Vehículo de su tipo y cualquier norma o requisito adicional en el Territorio correspondiente, así como estar en un estado limpio e higiénico (Uber B.V., 2020, pág. 7).

En suma, puede observarse que Uber realiza exigencias mínimas en cuanto al estado legal y material del vehículo que, al parecer, pretenden garantizar la seguridad y la calidad del servicio de transporte. Si no existiese esta disposición el principal efecto recaería sobre esos dos aspectos y, derivada de la calidad del servicio, se afectaría la imagen de la compañía y a fortiori, el uso de la plataforma.

Frente al segundo punto, Uber B.V. manifiesta que los conductores son los únicos responsables de “determinar la forma más eficaz, eficiente y segura de llevar a cabo cada Servicio de transporte” (Uber B.V., 2020, pág. 3). Sin embargo Uber establece unos parámetros y sanciona cuando el conductor pretende salirse ellos. Es así como la compañía les prohíbe a los conductores “transportar o admitir en un Vehículo a personas distintas al Usuario (...) durante la prestación de los Servicios de transporte” salvo que el usuario lo permita

expresamente (Uber B.V., 2020, pág. 4). Luego afirma que todos los usuarios deben ser llevados a sus destinos sin realizar ninguna parada o interrupción no autorizada (Uber B.V., 2020, pág. 4).

La tarifa, por su parte, se adjetiva como un “importe recomendado” (Uber B.V., 2020). No obstante, ese calificativo no se apaña con la realidad, pues Uber concede el derecho de negociar una tarifa *inferior* a la preestablecida por la plataforma, ello es que le concede una libertad negocial al conductor, pero, exclusivamente por debajo de la tarifa dispuesta por estos (Uber B.V., 2020, pág. 8). Lo racional será que los conductores usualmente usen la tarifa que les represente un mayor beneficio, es decir, la establecida por Uber.

En ese mismo sentido, Uber también establece una “tasa de cancelación”, la cual también se dispone como “un importe recomendado”, pero igual que en el caso anterior, es probable que se comporte como un importe determinado, pues la plataforma solo le permite al conductor negociar una tasa de cancelación inferior (Uber B.V., 2020, pág. 9)

Conforme a la libertad que el conductor ostenta frente a la prestación del servicio de transporte, él podrá elegir la ruta que tomará para ejecutar el servicio. Sin embargo esta libertad también está constreñida por la siguiente disposición que afecta la tarifa y con ella, al conductor:

Uber se reserva el derecho de: (i) ajustar la Tarifa a un caso determinado de Servicios de transporte (p. ej., Usted tomó una ruta poco eficiente, Usted no finalizó un servicio determinado de Servicios de transporte en la Driver App, se produjo un fallo técnico en los Servicios Uber, etc.) (Uber B.V., 2020, pág. 9). (subrayas fuera del texto).

Lo que se traduce en que el conductor puede elegir una ruta determinada, pero de elegir una ineficiente, la plataforma podría sancionarle reduciendo sus ganancias.

Y finalmente en cuanto a las calidades y cualidades del conductor Uber le exige:

(a) ser titular de y mantener (i) una licencia de conducir vigente con el nivel de certificación válido para conducir el Vehículo, y (ii) todas las licencias, permisos, aprobaciones y facultades aplicables

que (...) sean necesarios para prestar Servicios de transporte a los Usuarios en el Territorio (b) poseer el nivel de formación, pericia y experiencia adecuados para prestar Servicios de transporte de forma profesional con la debida habilidad, atención y diligencia; y (c) mantener alto nivel de profesionalidad, servicio y cortesía (Uber B.V., 2020, pág. 6)

Para vigilar, comprobar y controlar el mantenimiento de estos requisitos Uber a dispuesto que los conductores deben enviar y mantener actualizados todos aquellos documentos que den cuenta de ellos, tales como licencias de conducción, documentos de los vehículos, etcétera (Uber B.V., 2020, pág. 7). Así mismo, ha establecido dentro de la plataforma un sistema de calificaciones que el conductor debe mantener para continuar usando los servicios de Uber (Uber B.V., 2020, pág. 5) cuestión que podría controlar las demás condiciones que no se prueban mediante documentos, tales como, limpieza del vehículo, cortesía, profesionalismo etcétera.

Por tanto, en cuanto al *modo*, puede afirmarse que los conductores se encuentran subordinados por Uber toda vez que ellos solo podrán prestar el servicio de transporte si cumplen con el “¿Cómo?” establecido por Uber B.V.

El segundo aspecto de la subordinación hace referencia al tiempo, ello es, la facultad que le permite al empleador de determinar el *¿Cuándo?* del cumplimiento de las obligaciones del trabajador. Este es uno de los aspectos en los que más liberalidad tiene el conductor conforme al contrato. Se han hallado términos que limitan el “¿cuándo?” puede el conductor prestar el servicio de transporte, verbigracia, el mantenimiento de documentos y requisitos que prueben las calidades tanto del conductor, como del vehículo, el mantenimiento de las calificaciones para poder prestar el servicio de transporte (Uber B.V., 2020, pág. 7), o mantener un balance negativo de deudas durante un periodo de tiempo (Uber B.V., 2020, pág. 12). En otras palabras, el conductor se le *permite* prestar dicho servicio solo cuando cumple con los requisitos exigidos.

Sin embargo, el conductor no tiene la *obligación* de prestar sus servicios en un determinado momento, esto se corrobora además, con la inexistencia de sanciones si el conductor deja de conectarse a la aplicación. Según dicho contrato el conductor puede elegir cuando y por cuanto tiempo utilizará los servicios de Uber, puede además aceptar, rechazar o ignorar las peticiones de servicios e incluso, luego de haber aceptado, puede cancelar una petición de servicio (sujetándose a las políticas de cancelación) (Uber B.V., 2020, pág. 4).

En otras palabras, la facultad del conductor para determinar cuándo y por cuanto tiempo prestará el servicio, convierte en inexistente la obligación de “cuándo” trabajar y es por ello que no se cumple el requisito de la subordinación en su aspecto del tiempo.

El tercer aspecto de la subordinación se refiere al *lugar*, esto es, la obligación del conductor de prestar o no el servicio de transporte en un lugar determinado por Uber. De similar forma a como se vio en el *tiempo*, Uber establece algunos límites frente al lugar en el cual el conductor podrá prestar el mencionado servicio por medio de la plataforma. El primer límite establecido se da por el territorio, esto es, el conductor puede ofrecer el servicio de transporte solo dentro del territorio en el que eligió celebrar el contrato. Es evidente que esta limitación deja un gran margen de discreción al conductor, pues tendrá en el caso colombiano, todo el territorio nacional para ofrecer el servicio de transporte (Uber B.V., 2020, pág. 1).

Otra de las referencias que realiza el contrato en cuanto al lugar, se da en el inicio y el final del servicio de transporte. Se establece que Uber informará cual es el lugar de recogida según la solicitud del pasajero y cuál será el lugar donde terminará el servicio, el cual podrá ser preestablecido por el usuario o informado al momento de abordar el vehículo (Uber B.V., 2020, pág. 3). Se observa en este punto que Uber B.V. no es quien fija el lugar en el cual se prestará el servicio, sino que es el mismo usuario.

En ese sentido, durante el recorrido, el contrato menciona que “los Usuarios deberán ser transportados directamente a su destino específico” conforme el mismo lo establezca, sin

interrupciones o paradas no autorizadas (Uber B.V., 2020, pág. 4). Se halla pues que es obligación del conductor llevar al usuario por el recorrido más directo posible y si Uber observase que se ha tomado una ruta poco eficiente podría castigar al conductor por medio de una reducción a su tarifa (Uber B.V., 2020, pág. 9).

Finalmente, recuérdese que al conductor se le ha facultado para elegir qué servicios de transporte aceptará, e incluso, luego de aceptado se le faculta para cancelar. Esto implica que podrá aceptar o no el lugar en el que prestará el servicio, y a su vez, no tendrá la *obligación*, sino la *facultad*, para elegir el lugar siempre que sea dentro del territorio nacional. Por tanto, tampoco se cumple la subordinación en referencia al *lugar* en el que el conductor debe prestar el servicio.

A pesar de no existir subordinación en sus subcategorías de tiempo y lugar Uber B.V. conserva una amplia facultad sancionadora frente al conductor derivado de su desmesurado poder negocial y económico que, evidentemente, aun cuando no sea en el ámbito del derecho laboral actual, subordina. Dentro del mismo contrato Uber B.V. establece, en pocas palabras, que a su discreción podrá restringir el acceso a sus servicios (Uber B.V., 2020, pág. 4) lo que implicaría para el conductor la pérdida del trabajo mediante la plataforma.

La tercera categoría del derecho del trabajo es la *remuneración*. En cuanto a la tarifa, el contrato de Uber menciona básicamente cinco cosas: esta puede ser modificada a discreción de Uber, pero el conductor podrá negociar por debajo de ella (Uber B.V., 2020, pág. 8); dos, si los pagos del usuario al conductor son por medios bancarios, Uber ofrece servicios de pago (Uber B.V., 2020, pág. 2); tres, Uber le retiene al conductor de las tarifas pagada por el usuario, los costos obligatorios en impuestos, tasas de servicios y similares (Uber B.V., 2020, pág. 8); cuatro, Uber cobra al conductor una tarifa por usar los servicios de la plataforma la cual es un porcentaje del servicio pagado por el usuario al conductor (Uber B.V., 2020, pág. 9); y cinco, los pagos pueden realizarse en efectivo, caso en el cual el conductor será quien tendrá un plazo

determinado para pagar los servicios a Uber y entregar el equivalente en impuestos y similares (Uber B.V., 2020, pág. 10).

De lo anterior pueden observarse varias particularidades frente la situación que se daría usualmente en una relación laboral. El servicio que ofrece el conductor es el de transporte y el usuario es quien lo utiliza y lo paga ya sea de manera directa al conductor (Uber B.V., 2020, pág. 10) o indirecta pagando primero a Uber quien en días posteriores transferirá al conductor lo que haya producido menos el costo de los servicios de intermediación.

Quiere decir esto que Uber no es quien remunera el servicio prestado por el conductor sino el propio usuario. Uber ofrece a los conductores el servicio de intermediación, el cual, tiene un costo, sujeto a una condición, pero determinable. La curiosidad de esto es que contrario a como sucedería en una relación laboral es el conductor quien remunera a Uber el servicio de intermediación que le presta. Ello implica que no se pueda predicar el elemento *remuneración* en la relación conductor–Uber B.V. toda vez que quien remunera el servicio de transporte es el propio usuario.

Finalmente, el contrato de Uber establece varias cuestiones que permiten analizar la *ajenidad* en sus tres aspectos. Sobre la *ajenidad en la titularidad de la producción*, tal como se dijo en la remuneración, es el conductor quien recibe directa o indirectamente el producto final del servicio prestado, ya sea que el usuario le realice el pago en efectivo (Uber B.V., 2020, pág. 10) o que la plataforma se lo remita semanalmente (Uber B.V., 2020, pág. 8). El conductor no transfiere el producto de la prestación del servicio de transporte, razón por la cual, la *ajenidad* en este aspecto no encuadra como lo haría en una relación laboral.

En cuanto a la *ajenidad en la titularidad y organización de los medios y factores de producción* se halla que Uber B.V. es tan solo titular de un par de medios y factores de producción, todos ellos, digitales tales como la Driver App y el resto de plataformas utilizadas para pagos y para conectar a usuarios con conductores (Uber B.V., 2020, pág. 2). El conductor

por su parte es quien debe proveerse, asumiendo todos los costos, de un dispositivo donde pueda ejecutar la app (Uber B.V., 2020, pág. 2) y de un automóvil con todos sus equipamientos (Uber B.V., 2020, pág. 3) y en general, salvo en lo mencionado, de cualquier elemento necesario para prestar el servicio de transporte.

No obstante Uber exige mantener en cierto estado -físico y legal- dichos medios de producción, ello es, interviniendo en la organización de los mismos en ese sentido. En consecuencia, será el conductor quien estará en posesión legal del vehículo y demás accesorios, y quien en consecuencia decidirá cuándo, cómo y qué hacer con dichos medios. Por otro lado, el factor de producción “conocimiento” es uno de los más importantes en la prestación del servicio de transporte, el cual, también, se encuentra a disposición del conductor, ello es, él mismo determinará cuándo y cómo utilizará su conocimiento como conductor.

Por último, sobre la *ajenidad en los riesgos* se extrae que Uber B.V. reafirma su irresponsabilidad en cuanto a la prestación del servicio de transporte, pues él se separa formalmente de la relación existente entre el conductor y el usuario al momento de ejecutarse el servicio (Uber B.V., 2020, pág. 4) así como de las responsabilidades jurídicas que podrían derivarse del mismo, tales como indemnizaciones, (Uber B.V., 2020) y ello es coherente con la aparente libertad que mantiene Uber en cuanto a la prestación del servicio (Uber B.V., 2020, pág. 3)³. En ese sentido, también ha expresado que el conductor es quien debe realizar el mantenimiento de los medios de producción, así como asumir, por ejemplo, sobrecargos en tarifas de datos móviles.

En todos los aspectos principales en la prestación del servicio de transporte es el conductor quien debe asumir los riesgos y es por ello que no solo no es *ajeno* a estos, sino que es el principal responsable de los derivados del desarrollo de esta actividad económica.

³ “Usted es el único responsable de determinar la forma más eficaz, eficiente y segura de llevar a cabo cada Servicio de transporte” (Uber B.V., 2020, pág. 3)

En resumen, de las categorías de la relación laboral, en la relación entre Uber B.V. y el conductor, solo se halla el cumplimiento de la *prestación personal del servicio* y de la *subordinación* en su aspecto del *modo*, dejando fuera el resto de los elementos necesarios para determinar la existencia de una relación laboral. En otras palabras, conforme al contrato y respecto al servicio de transporte, no existe una relación laboral entre Uber B.V. y el conductor.

Así las cosas, y con la legislación actual, uno de los tratamientos jurídicos que podría recibir el conductor de Uber se dará en el ámbito del derecho del trabajador independiente o contratista que contrata con personas naturales. Ello se da, al considerarse que la naturaleza de la relación entre el conductor y el usuario contratante es civil o comercial y porque este último tendrá la calidad de persona natural, pues una persona jurídica no puede utilizar los servicios de Uber. Ello representará una desventaja en el ámbito de la seguridad social frente a aquellos que tienen la calidad de trabajadores por cuenta ajena.

Conclusiones.

No puede predicarse en la actualidad y con la normatividad colombiana, la existencia de una relación laboral entre conductores y Uber B.V. en la prestación del servicio de transporte, toda vez que, de las categorías del trabajo solo se ajusta la referida a la *prestación personal del servicio* y la *subordinación* en su aspecto del *modo*. Así mismo, se concluye que, el conductor no presta el servicio de transporte en nombre de Uber, y que su contratante es una persona natural. No obstante, a lo largo del texto pudo observarse una clara desigualdad entre Uber B.V. y el conductor.

Álvarez y Richter advierten la diferenciación entre una subordinación jurídica y una económica (citado por Mirabal Rendón, 2005, pág. 136). En el caso de la relación de Uber no se puede aseverar una subordinación jurídica laboral, pero si la existencia de una subordinación jurídica que por ahora escapa del ámbito de esa legislación. Esta subordinación está dada no solo por la desigualdad entre las partes y la dependencia económica de una de ellas, sino también, por la existencia de una desigualdad en cuanto al poder negocial que a su vez permite la creación de un contrato que restringe sin negociación la libertad del conductor.

De otro lado, el sistema de seguridad social en Colombia funciona en un aspecto *contributivo o limitado*, que conlleva a que por regla general solo aquellas personas que superen cierta cantidad de ingresos estén obligadas a realizar contribuciones al sistema general de seguridad social. La importancia de esto, radica en entender que el acceso al sistema de seguridad social está condicionado generalmente al cumplimiento de unos requisitos básicamente económicos y es por esto que en la actualidad, una de las implicaciones más importantes del tratamiento jurídico dado al conductor de Uber, recae directamente sobre la garantía en el acceso a la seguridad social, pues de tener un tratamiento como el de los independientes tendrán las mismas consecuencias negativas que ya tienen estos. Algunas de

ellas son, el pago de la seguridad por cuenta del mismo, falta de retención del aporte a la seguridad social, responsabilidad directa sobre él mismo, posibilidad de cotizar sobre el 40% de los ingresos, e incluso, gran posibilidad de no cotización al sistema y por ende, desprotección en las necesidades sociales que ampara.

Por otro lado, el independiente, de tener la capacidad y la voluntad de cotizar al sistema de seguridad social conforme lo obliga la legislación, solo lo hará en el subsistema de riesgos laborales si realiza una actividad de alto riesgo, pues de no ser ese tipo de actividad podrá abstraerse legalmente. Esto representa una incoherencia con el sistema de seguridad social, pues asemeja el sistema de riesgos laborales a un seguro común, que como tal, su adquisición es voluntaria, retomando los históricos problemas de dejar a la voluntad del afectado la previsión y eventual satisfacción de dichas necesidades. Valga decir, conforme al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 la actividad de conducir no es considerada una de alto riesgo.

Finalmente, basado en la desigualdad entre Uber B.V. y el conductor, en el amplio poder negocial que ostenta Uber, en la *subordinación* (en el *modo*) del conductor, en la dependencia económica que podrían tener muchos conductores y en la dificultad que tiene la parte débil en cuanto a la seguridad social, debería pensarse en el deber que tiene el legislador colombiano de otorgar derechos a los conductores e imponer deberes a Uber B.V. que tengan como finalidad la nivelación de las desigualdades y que velen por la protección de la parte más débil y con ello, por la protección de su dignidad humana.

Referencias bibliográficas

- Arenas Monsalve, G. (2007). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis editores S.A.
- Asesoría Técnica Parlamentaria. (2018). *Uber y Conductores. Legislación Comparada*. Chile: Asesoría Técnica Parlamentaria.
- Cárdenas, C. (16 de marzo de 2020). *La Economía Colaborativa: el Caso Uber*. Obtenido de Universidad de la Rioja: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE004080.pdf
- Echeverri Salazar, V. M. (2010). Del contrato de libre discusión. *Opinión Jurídica*, 127-144.
- Fondo de Solidaridad Pensional. (8 de abril de 2020). *Fondo de Solidaridad Pensional*. Obtenido de <https://www.fondodesolidaridadpensional.gov.co/fondo-de-solidaridad/que-es-el-fondo-de-solidaridad-pensional/programas/programa-colombia-mayor.html>
- Mirabal Rendón, I. A. (2005). Las Zonas Fronterizas del Derecho del Trabajo. *Revista Derecho*, 113-180.
- Narváez, B. A. (2018). El Caso del Aplicativo Móvil Uber Frente al Régimen de Protección a la Competencia en la Legislación Colombiana. *Revista Justicia*, 37-50. Obtenido de <https://doi.org/10.17081/just.23.33.2881>
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Las Plataformas Digitales y el Futuro del Trabajo*. Ginebra. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf.
- Polo Campos, F. H., Zeitoune Gollner, R., Luz Lisboa, M. T., & Vásquez Charcape, N. (2017). El Fenómeno de la Tercerización del Trabajo y Su Repercusión en la Salud del Trabajador de Salud. *In Crescendo. Institucional*, 149-164.
- Uber. (26 de marzo de 2020). *Uber*. Obtenido de <https://www.uber.com/co/es>

Uber B.V. (20 de abril de 2020). *www.partners.uber.com*. Obtenido de <https://uber-regulatory-documents.s3.amazonaws.com/reddog/country/Colombia/licensed/Uber%20BV%20Contrato%20De%20Servicios%20Feb%209%2C%202019.pdf>

Legislación

Ley 100 de 1993

Ley 1122 de 2007

Ley 1450 de 2011

Ley 1562 de 2012

Ley 1819 de 2016

Ley 1955 de 2019

Decreto 2090 de 2003

Decreto 780 de 2016

Decreto Ley 1295 de 2012

Decreto Ley 2663 de 1950

Jurisprudencia

Sentencia CSJ SL 1021, Radicación 45430 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral 14 de febrero de 2018).