

¿Cómo Entender Jurídicamente en Colombia el Trabajo Digital?

How should Digital Work be legally understood in Colombia?

Paola Andrea Amaya Rodríguez*
Francisco José Cortés Mateus*
Diana Zuleta Martínez*

Sumario: I. Fundamentos de la Discusión – Antecedentes y Descripción del Problema. II. Camino de Construcción. 2.1. El Trabajo digital. 2.2. Aproximación al concepto de trabajo en plataformas digitales en otras legislaciones. 2.3. Caracterización del trabajo digital. 2.4. Contrato de trabajo: definición y características. 2.5. La subordinación. 2.6. Contrato de prestación de servicios independientes: definición y características aportadas por el derecho laboral colombiano. III. Análisis. Conclusión. Referencias Bibliográficas.

* Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Laboral y en Salud Ocupacional de la Pontificia Universidad Javeriana y actualmente candidata al título de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogada con experiencia laboral en el sector hidrocarburos como asesora externa, interna e interventora laboral por más de 7 años. Igualmente, con experiencia en temas de seguridad y salud en el trabajo y de la seguridad social, abogada litigante por más de 14 años. Miembro Suplente de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. Profesora de las especializaciones de derecho laboral y seguridad social y de la Maestría en Salud Ocupacional de la Pontificia Universidad Javeriana. Elegida por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA como miembro de la lista de árbitros del Ministerio de Trabajo para tribunales de arbitramento. Socia de la firma CORTÉS & AMAYA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

* Abogado egresado de la Universidad de Los Andes; Especialista en Seguros y Seguridad Social de la Universidad de la Sabana; Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana; Master Universitario en Dirección y Administración de Planes y Fondos de Pensiones de la Universidad de Alcalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, España; Diplomado en Análisis Económico del Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Egresado del Programa Integral de Dirección de la Universidad de la Sabana, Edime y actualmente candidato al título de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Socio fundador y director de CORTÉS & AMAYA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, (2014). Abogado litigante y consultor en derecho laboral y de la seguridad social con más de 22 años de experiencia para empresas del sector privado, público y personas naturales, abogado y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Ministerios Kenneth Copeland para Colombia. Profesor de las especializaciones de Derecho Laboral y Seguridad Social de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA y en los diplomados de Derecho Laboral del programa de Educación Continuada de la misma universidad y de la Cámara de Comercio de Bogotá. Elegido por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA como miembro de la lista de árbitros del Ministerio de Trabajo para tribunales de arbitramento para el año 2017.

* Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia (2008), especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana (2010). Magister en Derecho con énfasis en Derecho Internacional de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia (2019) y en Derecho laboral de la Pontificia Universidad Javeriana (2020). Dirige la Práctica Laboral de la firma DLA Piper Martínez Beltrán Abogados y cuenta con más de 10 años de experiencia asesorando a empleadores en diferentes temas laborales del día a día. Es docente de los programas de posgrado de la Pontificia Universidad Javeriana desde 2010. También es docente en el diplomado de actualización laboral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

I. Fundamentos de la Discusión – Antecedentes y Descripción del Problema

A diario somos testigos de diversos avances tecnológicos y participamos de lo que ha dado por llamarse la cuarta revolución industrial. Schwab¹ señala que ésta comenzó a principios del presente siglo y se fundamenta en la revolución digital, un internet más ubicuo y móvil, la miniaturización que permite sensores más pequeños, potentes y baratos, así como por la inteligencia artificial y el aprendizaje de la máquina. Así mismo menciona Schwab² que las tecnologías digitales son cada vez más sofisticadas e integradas y conllevan a la transformación de las sociedades y la economía a nivel mundial.

El desarrollo tecnológico que apareja la cuarta revolución industrial permitió con el auge de internet, los computadores y dispositivos móviles, el surgimiento de la economía colaborativa y la génesis del trabajo en plataformas y aplicaciones digitales. En cuanto a la definición de economía colaborativa, Aibar³ señala una aproximación a la misma en la comunicación dirigida por la Comisión Europea a las demás instituciones europeas, en junio de 2016, conforme a la cual corresponde a *“aquellos modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”*.

Así mismo, *“la economía colaborativa se basa en las prácticas sociales de compartir, colaborar y cooperar y tiene implicaciones comerciales, jurídicas e institucionales”*⁴. Este autor, Aibar (2019), considera que su rápido y creciente desarrollo se ha potenciado por varios motivos. En primer lugar, por el uso intensivo de tecnología (internet de alta velocidad, los teléfonos

¹ SCHWAB, Klaus. La Cuarta Revolución Industrial, World Economic Forum, Debate, 2016. Pág. 13.

² *Ibíd.* Pág. 6 Al respecto señala Schwab: “En Alemania se debate sobre la «industria 4.0», un término acuñado en la Feria de Hannover de 2011 para describir cómo esta revolucionará la organización de las cadenas de valor globales. Mediante la creación de «fábricas inteligentes», la cuarta revolución industrial genera un mundo en el que sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperan entre sí de una manera flexible en todo el planeta. Esto permite la absoluta personalización de los productos y la creación de nuevos modelos de operación. La cuarta revolución industrial, no obstante, no solo consiste en máquinas y sistemas inteligentes y conectados. Su alcance es más amplio. Al mismo tiempo, se producen oleadas de más avances en ámbitos que van desde la secuenciación genética hasta la nanotecnología, y de las energías renovables a la computación cuántica. Es la fusión de estas tecnologías y su interacción a través de los dominios físicos, digitales y biológicos lo que hace que la cuarta revolución industrial sea fundamentalmente diferente de las anteriores. En esta revolución, las tecnologías emergentes y la innovación de base extendida se están difundiendo mucho más rápido y más ampliamente que en las anteriores revoluciones, todavía en desarrollo en algunas partes del mundo. La segunda revolución industrial todavía debe ser plenamente experimentada por el 17 por ciento de la población mundial, pues casi 1.300 millones de personas carecen de acceso a la electricidad. Esto también es válido para la tercera revolución industrial, con más de la mitad de la población mundial, 4.000 millones de personas, la mayoría en el mundo en desarrollo, sin acceso a internet. El huso (el sello de la primera revolución industrial) tardó casi 120 años en difundirse fuera de Europa. Por el contrario, internet permeó todo el mundo en menos de una década”.

³ AIBAR, Javier. El trabajo de las plataformas digitales. Relación con los sistemas de seguridad social. Foro mundial de la seguridad social. 33ª Asamblea General de la AISS, Bruselas, Bélgica, 14-18 de octubre de 2019. Tesorería General de la Seguridad Social, Madrid. Comisión Técnica de Recaudación y Cobranza de Cotizaciones, Asociación Internacional de la Seguridad Social, Ginebra. Pág. 3.

⁴ *Ibíd.* Pág. 4.

inteligentes (smartphones), aplicaciones móviles, la computación y el tratamiento de los datos). En segundo término por el surgimiento de nuevos modelos de negocio que generan beneficios por la interacción de grupos (mercados multilaterales). Por último, cuenta del desarrollo de las plataformas colaborativas, que facilitan la interrelación de clientes y proveedores, generando valor para estos.⁵

Otra definición de economía colaborativa la aporta Ferrer⁶, haciendo uso del trabajo realizado en el año 2017, por la Asociación Española de la Economía Digital y el colectivo de empresas Sharing España etc. Según la definición que propone este autor, se trata de un modelo en el cual una plataforma digital actúa como intermediaria, facilitando la utilización, intercambio o la inversión de bienes o recursos, entre iguales (particulares o empresas) o entre particulares y empresas, con o sin contraprestación económica, categoría donde incluye plataformas para el alquiler de viviendas (Airbnb o couchsurfing) , *carpooling* (Blablacar), *crowdfunding* (Goteo, Verkami) y la compraventa y alquiler de objetos usados (Ebay etc.).

Así mismo, Ferrer⁷ menciona modelos de economía bajo demanda de consumo y provisión de servicios, donde la plataforma o aplicación actúa también como intermediario entre un profesional prestador del servicio y el consumidor, adaptándose a las necesidades y preferencias de este último, donde ubica plataformas como Uber X, UberEats, Cabify, Glovo y Etece (microtarear⁸). En adición a estas dos categorías, finaliza Ferrer⁹ señalando servicios de plataformas con servicios clasificados como de economía de acceso, donde la empresa proporciona el servicio y pone a disposición de varios usuarios, bienes para uso temporal, adaptándose al tiempo y el uso efectivo requerido por los mismos. A título de ejemplo, incluye plataformas con servicio como Bikesharing, carsharing y coworking¹⁰.

De la misma manera, según Aibar¹¹ tenemos clasificaciones de las plataformas respecto de su naturaleza jurídica, como:

- Plataformas con modelos simples, que hacen parte del servicio de la sociedad de la información: Aquellas donde existe interacción de la oferta y demanda a través de la mera publicación de información en la misma. Señala el autor que conforme a la Directiva 2015/1535/UE, los servicios de la sociedad de la información se definen como “todo

⁵ Ibídem.

⁶ FERRER, Miguel. Presente y Futuro de las plataformas digitales. Documento No. 4. Revista de estudios de juventud, No. 119. Marzo de 2018. Pg. 64.

⁷ Ibídem.

⁸ La Organización Internacional del Trabajo, en el documento Las Plataformas Digitales y el Futuro del Trabajo (2019) (Pg. 97) menciona que la mayoría de las microtarear son usualmente actividades sencillas y repetitivas y no suelen coincidir con los elevados niveles de estudios de los trabajadores de las plataformas.

⁹ FERRER, Miguel. Presente y Futuro de las plataformas digitales. Op. Cit. Pág. 64.

¹⁰ Ibídem.

¹¹ AIBAR, Javier. El trabajo de las plataformas digitales. Relación con los sistemas de seguridad social. Foro mundial de la seguridad social. Op. Cit. Pág. 5.

servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

- Plataformas avanzadas, fundamentadas en el servicio de mediación para facilitar la contratación de bienes y servicios, a cambio de una comisión, reguladas bajo el contrato de mediación.

Otras clasificaciones posibles de las plataformas y aplicaciones digitales las permitirían categorizar de acuerdo a la forma de trabajo que se da en las mismas, tal como lo propone Suárez Corujo¹² así:

- Trabajo puramente colaborativo, vinculado a actividades de intercambio entre consumidores, con o sin ánimo de lucro.
- Trabajo a demanda, caracterizado por la externalización abierta de tareas (*crowd-source on line*), conforme al cual se realizan trabajos o encargos mediante la plataforma digital, que pueden ser realizados en cualquier lugar del mundo y por personas calificadas o no, gracias a internet. Ejemplo de ello son tareas como programación informática, análisis de datos y gráficos, micro tareas etc. A este tipo de plataformas y tipo de trabajo se refiere la Organización Internacional del Trabajo – OIT¹³ como Crowdwork y en ellas se centra su estudio en el documento “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo Fomentar el trabajo decente en el mundo digital”.
- Trabajo a demanda (work-on-demand vía apps), realizado presencialmente, off line, u *on-location*, prestando el servicio en el lugar que se requiere.

Por otra parte, Ferrer¹⁴, señala algunos elementos característicos de las plataformas digitales que mencionaremos brevemente, por no ser objeto de este estudio pero que resultan relevantes como lo son el *Poder Crowd* (capacidad de los ciudadanos para organizarse e interactuar de manera global, no solo para la oferta y demanda de bienes y servicios sino también para colaborar con un objeto social o político – ejemplo Change.org); *Ciudadano productor* (definido como agente económico no organizado como empresa, pero que puede asumir el rol de oferente o consumidor de servicios); *Desintermediación* (reducción de intermediarios en la cadena de valor) y *Confianza y reputación*, tanto de quien provee como de quien recibe el servicio, que constituyen activos importantes que generan confianza para la plataforma, traduciéndose en actividad y demanda en

¹² SUAREZ CORUJO, Borja. La gran transición: La economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social. Temas Laborales. Número 141/2018, págs. 39-40.

¹³ OIT. Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo Fomentar el trabajo decente en el mundo digital, Ginebra, 2019. Pág. 3.

¹⁴ FERRER, Miguel. Presente y Futuro de las plataformas digitales. Op. Cit. Págs. 66 – 67.

la misma, así como resultan en un elemento que permite la evaluación del comportamiento, desempeño etc., de dichos agentes y puede llegar incluso a limitar el acceso o permanencia en la red creada por la plataforma.

Este nuevo modelo de negocios de economía colaborativa ha permitido el surgimiento de empresas que, utilizando la nueva tecnología de internet y los avances en telecomunicaciones, permiten el encuentro de la oferta y demanda de bienes y servicios, mediante el uso de plataformas y aplicaciones. Como ejemplo de ello tenemos a Uber y Airbnb en los Estados Unidos, Blablacar en Francia, entre otros, cuyos modelos de negocio no entraremos a detallar en este estudio por no ser el objetivo del mismo.

Ahora bien, en el corazón de la economía colaborativa y las aplicaciones digitales, se ubica el ser humano, puesto que es el trabajador digital quien ejecuta la actividad contratada a través de las aplicaciones digitales, así como quien se sirve y beneficia como las mismas.

En cuanto al trabajo del ser humano en este nuevo contexto, la Organización Internacional del Trabajo – OIT en la Declaración para el Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo del 1 de junio de 2019, manifestó que hoy nos enfrentamos a desafíos más importantes y retadores, como lo es la prestación de servicios personales a través de plataformas móviles o digitales, en la medida en que la revolución tecnológica ha afectado a la sociedad y los modelos de negocio, generando en consecuencia una transformación o cambio en el mundo y las relaciones del trabajo.

En este sentido la OIT, en la conmemoración de su centenario, declaró que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente, impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto. En consecuencia, es imprescindible actuar urgentemente para aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente.¹⁵

Así mismo, la Organización Internacional del Trabajo – OIT indicó que el internet y el surgimiento de plataformas digitales ha cambiado la forma como las personas tienen una aproximación al trabajo. En este sentido se pronunció el organismo internacional así:

“Una de las principales transformaciones experimentadas en el mundo del trabajo en la última década ha sido el surgimiento de las plataformas digitales de trabajo en línea. Esta nueva forma de trabajo no solo cambió los modelos de negocios existentes, sino también la

¹⁵ Organización Internacional de Trabajo. *Declaración para el Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo.* Ginebra, 2019. Pág. 2.

modalidad de empleo en la que tales modelos de negocios se basaban. Las plataformas digitales brindan a los trabajadores la oportunidad de trabajar desde cualquier lugar, en cualquier momento y aceptar el trabajo que más les convenga”.¹⁶

Es así como las plataformas digitales han permitido que ahora el trabajador o quien presta el servicio pueda acceder a un empleo a través de las plataformas de microtarefas que “brindan a empresas y a otros clientes acceso a una fuerza de trabajo extensa y flexible (o *crowd*) para llevar a cabo tareas cortas, sencillas y esencialmente administrativas, cuyo pago se basa en la tarea o parte terminada”¹⁷.

En el documento “Trabajar para un futuro más prometedor” la Organización Internacional del Trabajo – OIT señaló que las transformaciones derivadas de los avances tecnológicos generarán nuevos puestos de trabajo, lo cual hará que las competencias de los trabajadores de hoy no coincidan con los trabajos de mañana. Esto plantea desafíos importantes. En primer lugar, es necesario crear oportunidades para que las personas puedan aprovechar las nuevas formas de empleo. En segundo lugar, esto podrá causar el incremento en el desempleo juvenil y las presiones migratorias en la medida en que las personas pueden prestar sus servicios desde cualquier lugar. En tercer lugar, el envejecimiento de la población, que puede llevar a la falta de aptitud para la adaptación, generará una mayor presión en los sistemas de seguridad social (problemas asociados a la retribución y reto del sistema de seguridad social de como acogerlos). Finalmente, también requerirá que los trabajadores adquieran nuevos conocimientos, competencias y habilidades que demandarán las nuevas formas de empleo. El reto entonces también consistirá en contar con trabajos en condiciones dignas y decentes.

De igual manera, en nuestro criterio, en la práctica hemos visto que esta revolución tecnológica ha causado grandes cambios sociales y retos competitivos en la relación de mercado (cliente-empresa), lo cual, a su vez, genera la transformación en el concepto tradicional de las relaciones industriales y laborales. Lo anterior, toda vez que, como lo veremos a lo largo de este documento, la dinámica propia que implica el uso de las plataformas digitales plantea la participación del prestador de servicios en una relación tripartita que a continuación detallamos. Es por ello que resulta válido afirmar que existe una transformación de las relaciones tradicionales de trabajo que se ejecutan entre dos partes, es decir, el trabajador y su empleador (contrato de trabajo) o entre contratante y contratista (contrato de prestación de servicios independientes). No obstante, como atrás lo afirmamos, con la revolución tecnológica nos encontramos ante un nuevo esquema de prestación de servicios, donde participan ahora tres sujetos: (i) el dueño de la plataforma, (ii) el prestador de servicios y (iii) el consumidor o beneficiario final.

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo. “*Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Como fomentar el trabajo decente en el mundo digital.*” Ginebra 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf. Consultado el 15 de diciembre de 2019. Prólogo, Pág. v.

¹⁷ *Ibidem*.

Como vemos, el ser humano con su intervención gesta el trabajo digital y como actividad humana, resulta entonces necesario definirlo. En nuestro país, no se encuentra explícitamente definido, pero podemos entenderlo, aproximándonos a nuestra propia definición que ampliaremos más adelante, como aquella modalidad de servicios en virtud de la cual existe una prestación personal del servicio, mediante el uso de plataformas digitales o aplicaciones móviles, on-line u off-line como vimos anteriormente.

Esta modalidad de prestación de servicios ha generado un intenso debate jurídico y judicial, no solo en Colombia sino a nivel mundial, como resulta evidente.¹⁸ Esto toda vez que las regulaciones vigentes nacionales donde se han suscitado las discusiones no contemplan específicamente esta modalidad de prestación de servicios y existen debates en cuanto a la naturaleza jurídica del vínculo existente entre los trabajadores digitales y la empresa propietaria de la plataforma tecnológica y las aplicaciones móviles. Es decir, la problemática ha sido abordada desde su arista laboral a la cual nos referiremos más adelante, sin perjuicio de las discusiones que se dan en el ámbito comercial, por ejemplo, por la exigencia o no de licencias, como es el caso de Uber en Colombia, frente a la reciente decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio, proferida en diciembre de 2019¹⁹, sobre la existencia de competencia desleal, caso puntual que no abordaremos dado que reviste un enfoque diferente al que pretendemos limitarnos en este escrito, que lo es la naturaleza jurídica del trabajo digital.

En Colombia se ha intentado (hasta ahora fallidamente) zanjar esta discusión mediante un par de proyectos de ley (Proyecto de Ley 082 de 2018 y Proyecto de Ley 190 de 2019) que han propuesto alguna definición de trabajo digital, así como de un esquema de regulación para esta

¹⁸ Como ejemplo de dichos debates tenemos el caso chileno de Andrés Thompson Cuñado contra UBER Chile SPA, en donde el juez que conoció del caso resolvió que no existía subordinación alguna entre las partes por cuanto no existen antecedentes de que UBER ejerciera poder sobre el demandante.

También está el caso de California de UBER Technologies, Inc. Et al vs Y.E. en el que el árbitro del caso determinó que el reclamante fue un contratista independiente.

Por su parte, como lo exponemos en este escrito, la OIT, por ejemplo, en su escrito “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo Fomentar el trabajo decente en el mundo digital, Ginebra, 2019”, aboga por la regulación en el derecho laboral de esta modalidad de trabajo con el fin de garantizar los derechos mínimos a los trabajadores digitales.

De otro, el 16 de abril de 2019 la Junta Nacional de Relaciones Laborales de los Estados Unidos de América emitió un concepto jurídico en el cual consideró concluyó que los socios conductores de UBER son contratistas independientes.

Por su parte, Diego Felipe Valdivieso Rueda en su artículo publicado en *Ámbito Jurídico* el 19 de julio de 2019 (<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/no-las-rappisoluciones>, consultado el 1 de mayo de 2020) expone que “*las plataformas digitales han traído consigo un problema nuevo a las estructuras del trabajo y la forma como las personas “trabajan”, así como la posibilidad de muchos para acceder a seguridad social o, incluso, a mínimos de subsistencia.*”

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestacion-del-servicio-de-transporte-uber>. (consultado el 12 de febrero de 2020).

modalidad de prestación de servicios. En sus exposiciones de motivos estos proyectos mencionan cómo la economía colaborativa o la prestación de servicios a través de aplicaciones móviles han estado impulsados por el hecho de que la globalización y la innovación han transformado el concepto tradicional de producción, en la medida en que las transacciones se pueden hacer a un menor costo, en el marco de la eficiencia del prestador de servicios y el consumidor final.

En este sentido, la exposición de motivos del Proyecto de Ley 082 de 2018 señaló que:

“Este es el caso de la economía colaborativa o la prestación de servicios a través de aplicaciones móviles, que están inspiradas en el emprendimiento y la libertad. Un modelo de negocio que permite conectar a diferentes personas a través de plataformas móviles, de forma tal que un consumidor puede acceder a la prestación de diferentes clases de servicios, como los financieros, de transporte, cuidado de animales, legales, tareas domésticas, etcétera, de forma inmediata y con bajos costos de transacción en el marco del rendimiento individual de quien presta el servicio directamente al consumidor final”.²⁰

No obstante, a pesar de estos intentos de regulación, los mismos no pasaron el trámite legislativo y fueron archivados en el Congreso de la República. Por todo lo anterior, reiteramos que resulta relevante definir el trabajo digital y determinar bajo qué ordenamiento jurídico debe regularse. En esta medida, el presente documento desarrollado bajo el método cualitativo tiene por objeto analizar, si el trabajo digital podría considerarse como una modalidad de trabajo subordinado o dependiente, de prestación de servicios independientes, o si corresponde a una modalidad nueva y autónoma, diferente a las que actualmente conocemos. Para efectos de este documento, el tipo de trabajo digital que analizaremos será aquel que reúne las siguientes características: (i) consistente en el desarrollo de microtarefas, (ii) requiere una baja cualificación del sujeto, (iii) la prestación del servicio debe hacerse personalmente y en el lugar donde se requiere, (iv) el proceso de selección del trabajador digital lo hace la plataforma y (v) la asignación del servicio se hace por oferta. En consecuencia, analizaremos si esta modalidad de prestación de servicios es trabajo dependiente, conforme al concepto que tradicionalmente conocemos con base en lo dispuesto por el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo²¹; o, si corresponde a una prestación de servicios independientes con base en lo dispuesto por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo²² y las normas aplicables del Código Civil colombiano; o si es una categoría nueva y diferente.

²⁰ Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 082 de 2018.

²¹ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 22.- Definición. 1o) Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2o) Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma de salario.

²² Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 34.- Contratistas independientes. 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales

II. Camino de Construcción

2.1. El Trabajo digital

Como paso previo a proponer una respuesta al problema planteado, es necesario abordar el concepto de trabajo digital. Tal como señalamos, en nuestro criterio no existe una definición precisa del trabajo digital que lo diferencie del trabajo prestado fuera de una plataforma o aplicación digital. Veamos entonces las aproximaciones a su concepto, para luego aventuraremos a proponer nuestra propia definición.

La Organización Internacional del Trabajo – OIT, para la conmemoración de sus 100 años, publicó el documento sobre *“Las plataformas digitales y el futuro del Trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital.”* En este documento, la OIT propone una definición de las plataformas digitales de trabajo, insumo que nos permite apreciar el contexto en el cual se presta el trabajo digital. Al respecto indica:

“(…) las plataformas digitales de trabajo son los servicios digitales (sitios web o aplicaciones informáticas) que facilitan la externalización de tareas. Estas plataformas brindan la infraestructura técnica para que los solicitantes del servicio den a conocer tareas por medio de anuncios entre un gran número de trabajadores potenciales en distintos enclaves geográficos y circunstancias económicas (“el grupo de personas”), para obtener y evaluar los resultados de las tareas terminadas y para pagar a los trabajadores individuales por los servicios prestados. Por otra parte, estas plataformas también brindan servicios e infraestructura a los trabajadores desde una posición centralizada en la que ellos encuentran tareas de muchos solicitantes, un método para entregar el producto del trabajo y la infraestructura técnica y financiera para cobrar por la tarea terminada.”²³

En el marco de esta definición de las plataformas, el trabajo digital corresponde a los servicios prestados para la ejecución de una tarea o encargo asignado a través de aplicaciones informáticas

de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

²³ Organización Internacional del Trabajo. *“Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Como fomentar el trabajo decente en el mundo digital.”* Ginebra 2019. Pg. 4. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf. Consultado el 15 de diciembre de 2019. Pág. 4.

en beneficio de un tercero (externo). Como vimos con antelación, algunas son plataformas digitales de trabajo en línea que asignan tareas a un grupo de personas (microtareas o tareas creativas basadas en concurso) o directamente a personas a través de plataformas digitales de trabajadores freelance cuyos trabajos suelen ser de más larga duración. También hay plataformas de trabajo basadas en la ubicación y en aplicaciones informáticas, donde la mayoría de las tareas se asignan a individuos concretos (por ejemplo, transporte, entregas y servicios para el hogar) y son pocas las tareas que se asignan a un grupo de personas.²⁴

Por su parte, en Colombia, los Proyectos de Ley 082 de 2018 y 190 de 2019, pretendieron regular el trabajo digital. Estos intentos de regulación proponen como definición del trabajo digital como aquel mediante el cual una persona económicamente dependiente (trabajador digital) presta sus servicios a través de una aplicación móvil.

El Proyecto de Ley 82 de 2018²⁵ definía a los trabajadores digitales como aquellas “personas naturales que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y en el ámbito de dirección y organización de una Empresa de Intermediación Digital²⁶, una actividad económica o profesional a título lucrativo y que represente para el trabajador digital un ingreso mensual de por lo menos dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta actividad podrá realizarse por cuenta propia, a tiempo completo o a tiempo parcial. Los trabajadores digitales son una parte integral del modelo económico de las Empresas de Intermediación Digital.”

De esta definición podemos establecer que se pretendió conceptualizar el trabajo digital como aquel desarrollado por una persona natural de manera habitual, personal y directa, por cuenta propia y en el ámbito de la dirección de una Empresa de Intermediación Digital, generadora de una actividad económica lucrativa.

Por su parte, el Proyecto de Ley 190 de 2019, establece la definición del trabajo digital, así:

“Trabajo digital económicamente dependiente realizado a través del uso de las plataformas digitales: Corresponde (sic) al modelo económico en el cual un trabajador económicamente dependiente provee un servicio a un cliente final por medio de una aplicación móvil o plataforma tecnológica”.

No obstante, las definiciones de los dos proyectos de ley clasifican al trabajo digital en dos categorías diferentes. De un lado, el Proyecto de Ley 82 de 2018 establecía que el trabajo digital

²⁴ *Ibíd.*, Pág. 4.

²⁵ El Proyecto de Ley 082 de 2018, por medio del cual se regula el Trabajo Digital en Colombia y se dictan otras disposiciones, fue presentado el 14 de agosto de 2018 y fue archivado el 20 de junio de 2018 por tránsito de legislatura.

²⁶ El Proyecto de Ley 82 de 2018 en el artículo 2 definía a las Empresas de Intermediación Digital como “todas las personas jurídicas legalmente establecidas cuyo objeto social sea realizado por conducto de aplicaciones móviles o plataformas tecnológicas y a través de personas naturales”.

se podría realizar “por cuenta propia y en el ámbito de dirección y organización de una Empresa de Intermediación Digital”, definición que no descarta la prestación del servicio de manera independiente. De otro lado, el Proyecto de Ley 190 de 2019 categoriza el trabajo digital como económicamente dependiente.

Este elemento, pretendía configurar la existencia de una nueva modalidad de trabajo, es decir el trabajo digital económicamente dependiente y establecía un régimen particular para la afiliación y cotización al sistema de seguridad social que podría llegar a ser compartida en función del monto del ingreso mensual del trabajador.

No obstante, el proyecto de ley disponía que la relación jurídica sustancial entre la empresa de intermediación digital y el trabajador digital no tendría naturaleza laboral, ni tampoco de prestación de servicios civil, es decir la consideraba como un nuevo tipo de relación laboral, sin perjuicio de la posibilidad de la existencia de un contrato realidad, al reunirse los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Al respecto, recordemos que el contrato realidad corresponde al contrato de trabajo que es declarado judicialmente en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas y de la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo²⁷. El principio de primacía de la realidad sobre las formas es uno de los principios fundamentales del estatuto del trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia²⁸.

En relación con el contrato realidad, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde vieja data ha señalado:

“(…) parte 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

²⁷ Artículo 24.-Modificado. Ley 50 de 1990, Artículo 2o. Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

²⁸ Artículo 53. 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 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. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterialmente continuado, dependiente y remunerado.”²⁹

En consecuencia, se pretendió resolver la discusión sobre su naturaleza jurídica, pero reconocía la prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas, propio del derecho laboral, dado que el reconocimiento del trabajador como autónomo o como autónomo dependiente económicamente, aun cuando forma contractuales válidas y legítimas, generan el riesgo de disfrazar el trabajo subordinado o dependiente.

Este riesgo ha sido observado por la Organización Internacional del Trabajo – OIT, entidad que considera que el empleo por cuenta propia económicamente dependiente es una forma atípica³⁰ de empleo, a través de la cual se busca encubrir un empleo dependiente y, consecuentemente, anular o atenuar la protección que la ley brinda a los trabajadores dependientes³¹.

En síntesis y en nuestro criterio, en la definición del trabajo digital no se debería limitar su concepto a calificar al trabajador como subordinado económicamente, para crear una nueva categoría de trabajo, sino que es necesario ampliar el concepto al de prestador de servicios en términos generales, dado que en esencia, este tipo de trabajo, será civil o será laboral y por cualquiera de las dos aristas que se le vea, implica la obligatoriedad de afiliación al sistema de seguridad social integral, debiendo regularse la base de cotización, pero no crear una nueva categoría de trabajo para tal efecto.

Actualmente, la Ley 1955 de 2019, en virtud de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, abrió la puerta para la regulación y caracterización del trabajo digital. En este sentido el artículo 205 de la mencionada ley dispone que:

“El Gobierno nacional a través del Ministerio del Trabajo, en coordinación con los Ministerios de Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público y de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, diseñarán y formularán una política pública que

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de enero de 1962.

³⁰ MADARIAGA, BUENADICHA, MOLINA y ERNST (2019) señalan en su obra Economía de plataformas y el empleo. ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina? CIPPEC, BID, LAB OIT, que las formas atípicas de empleo son aquellos esquemas de inserción en el mercado laboral que se alejan de la concepción tradicional de empleo, es decir del empleo tradicional asalariado, continuo, a tiempo completo y en el contexto de una relación subordinada y directa entre empleador y un trabajador. En consecuencia, definen cuatro categorías de formas atípicas de empleo: i) El empleo temporal, ii) El trabajo a tiempo parcial, iii) El trabajo temporal a través de agencias y otras relaciones de trabajo multipartitas y iv) Las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Pág. 25

³¹ Organización Internacional del Trabajo - OIT. “Empleo encubierto/Empleo por cuenta propia económicamente dependiente”. Disponible en https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_536964/lang-es/index.htm. Consultado el 6 de diciembre de 2019.

permita, entre otros, caracterizar las condiciones de prestación de servicio y las modalidades de protección y seguridad social que se puedan generar del uso de estas aplicaciones y plataformas.”

No obstante, esta regulación aún se encuentra pendiente por ser desarrollada.

Consideramos entonces que las definiciones que se han propuesto hasta ahora en Colombia no son suficientes y pueden llevar a imprecisiones o a la aplicación de normas que no se ajusten propiamente a la naturaleza del trabajo digital.

Pasaremos ahora a proponer nuestra propia definición. Tenemos entonces que el trabajo digital se puede precisar con base en sus especiales características como la prestación de servicios del ser humano, que se realiza haciendo uso de una plataforma digital o aplicación digital a través del cual se asignan y entregan atendidas microtarefas, sin necesidad de la presencia física del trabajador en el lugar de prestación del servicio contratado, el cual puede ser realizado en cualquier parte del mundo, así como la prestación de servicios por personas naturales, requiriéndose su presencia física para la prestación del servicio (en los casos mencionados), mediante la asignación de la misma por una plataforma o aplicación digital, recibiendo una contraprestación económica en ambos casos por el servicio o labor contratada.

Las definiciones propuestas para el trabajo digital tienen diversos puntos en común con nuestra propia definición y con los elementos del contexto en el cual se presta. Existe uniformidad frente a dos elementos principales, esto es en la presencia de la prestación personal del servicio y, en segundo lugar, los dos conceptos establecen que el trabajo digital es aquel que se realiza mediante el uso de aplicaciones móviles o plataformas tecnológicas. Continuaremos con las aproximaciones conceptuales del trabajo digital en otras legislaciones.

2.2. Aproximación al concepto de trabajo en plataformas digitales en otras legislaciones.

Con el ánimo de aportar puntos de vista diferentes, realizaremos un breve recuento de la visión de otros países sobre el trabajo digital y cómo son catalogados los trabajadores digitales, sin entrar en un análisis comparativo, dado que no es el alcance del presente trabajo, valiéndonos del recuento provisto por AIBAR (2019)³² así:

³² AIBAR, Javier. El trabajo de las plataformas digitales. Relación con los sistemas de seguridad social. Foro mundial de la seguridad social. 33ª Asamblea General de la AISS, Bruselas, Bélgica, 14-18 de octubre de 2019. Tesorería General de la Seguridad Social, Madrid. Comisión Técnica de Recaudación y Cobranza de Cotizaciones, Asociación Internacional de la Seguridad Social, Ginebra. Págs. 11 – 19.

Alemania:

Los trabajadores de plataformas digitales no son considerados trabajadores por cuenta propia o autónomos, ni tampoco trabajadores dependientes o por cuenta ajena. Se les denomina como *employee-like person*, esto es trabajadores económicamente dependientes y la Ley Homeworking Act, les extiende beneficios por enfermedad, seguridad, salud, licencias etc.

Dinamarca:

Los trabajadores digitales de plataformas y aplicaciones son considerados trabajadores por cuenta propia al cumplir con las características aplicables por los trabajadores por cuenta propia, previstas en su ley laboral Working environment Act. No obstante, Dinamarca hace parte del Nordic Future Group, donde se abordan iniciativas de seguridad y salud en el trabajo para los trabajadores de la economía digital.

España:

Considera a los trabajadores digitales como trabajadores por cuenta propia y en consecuencia el vínculo laboral que los une con las plataformas y aplicaciones digitales es un contrato mercantil. Sin embargo, algunas decisiones judiciales, puesto que no existe uniformidad en las sentencias, les han reconocida a algunos trabajadores digitales la naturaleza laboral de su vínculo con la plataforma digital y los derechos que esto conlleva.

Francia:

En agosto de 2016 se expide la Ley número 2016-1088 *relative au travail*, donde se reguló por primera vez el trabajo de las plataformas, estableciendo que los trabajadores de las plataformas pueden beneficiarse de los seguros de accidentes laborales a cargo de las Plataformas, reconociéndoles igualmente derechos sindicales de creación de sindicatos, de pertenencia y de representación. Adicionalmente, se expidió la Ley número 2018-771 del 5 septiembre de 2018, Ley de libertad de elección de su futuro profesional, donde se define al trabajador digital como autónomos cuando las plataformas les proporcionen beneficios de protección social, prevención de riesgos, políticas de igualdad, etc.

Estados Unidos:

No existe legislación nacional relevante sobre los trabajadores digitales. En consecuencia, jurisprudencialmente en el Estado de California se dictó una resolución en abril de 2018 por la Corte Suprema de California (Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court) que definía las circunstancias que deben presentarse para justificar la clasificación de un trabajador como contratista independiente en lugar de empleado (inexistencia de subordinación, prestación del servicio fuera de las oficinas de contratante y el trabajador debe contar con una ocupación o negocio habitual, independiente y de la misma naturaleza de la entidad que lo contrata).

Así mismo, el Departamento Laboral del Gobierno publicó en abril de 2019 una carta de opinión acerca de la clasificación de unos trabajadores de una plataforma que consultaron a dicha

entidad para aclarar e interpretar la ley, con lo cual se ofreció una interpretación legal del FLSA (Fair Labour Standards Act.), considerando a los trabajadores digitales como trabajadores por cuenta propia o *independent contractor*.

2.3. Caracterización del trabajo digital

Una vez realizada una aproximación al concepto de trabajo digital, es pertinente conocer las categorías de trabajo que actualmente contempla la legislación colombiana para poder analizar si el mismo encaja o no en las categorías existentes.

Hoy en día la legislación contempla dos categorías de prestación de servicios. De un lado, está el contrato de trabajo. Esta categoría está contemplada como la regla general. Lo anterior por cuanto el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo³³.

De otro lado, está la categoría del contrato de prestación de servicios. Esta categoría no tiene mayor desarrollo legal desde el derecho laboral. No obstante, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 34 trae una definición sobre este concepto. En este sentido, esta norma dispone que son contratistas independientes:

“1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores...”

Adicionalmente, respecto de esta categoría podría considerarse también lo establecido en los artículos 2053 a 2062 y 2063 a 2069 del Código Civil que tratan de los contratos de confección de una obra material y el arrendamiento de servicios inmateriales, considerados por la doctrina como un solo contrato, esto es, el contrato de obra o empresa, al cual nos referiremos más adelante.

A continuación, pasaremos a describir las dos categorías mencionadas.

³³ Artículo 24. Presunción. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

2.4. Contrato de trabajo: definición y características

El contrato de trabajo está definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo. Según esta norma: “Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

Con base en esta disposición, el artículo 23 del mismo Código establece los elementos esenciales del contrato de trabajo, que son: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y (iii) un salario como retribución del servicio. Estos elementos esenciales deben concurrir para poder establecer que la relación que existe entre las partes está regida por un contrato de trabajo subordinado.

De esta manera, tenemos que las características principales del contrato de trabajo son sus tres elementos esenciales, las cuales explicamos a continuación. En primer lugar, tenemos la actividad personal del trabajador, la cual se refiere a que la labor es realizada por sí mismo. Esto significa que el trabajador no puede delegar en un tercero la ejecución de los servicios contratados. En consecuencia, el contrato de trabajo es *intuitu personae*, es decir celebrado por las condiciones únicas del trabajador y por lo tanto no puede ser ejecutado por otra persona; el trabajador no puede delegar en un tercero su obligación de prestar el servicio contratado.³⁴

En segundo lugar, como elemento esencial, está la continuada subordinación o dependencia que “consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas”³⁵. Este es el elemento diferenciador y característico por excelencia del contrato de trabajo. Finalmente, el salario como retribución del servicio consiste en el pago de una compensación en contraprestación al servicio personal prestado.

Dada la importancia del elemento de la subordinación para nuestro análisis, consideramos necesarios referirnos detalladamente a este elemento a continuación.

2.5. La subordinación

Conforme lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, , la subordinación “consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas”³⁶. Esta definición corresponde al concepto de subordinación

³⁴ GPS GUÍA LABORAL. “Contrato de Trabajo – Felipe Mutis Téllez”. Ed. Tirant Lo Blanch. 2019. Pg. 68

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de junio de 1973.

³⁶ *Ibíd.*

jurídica, sobre la cual se pronunció la Sala de Casación Laboral de esta corporación, en sentencia del 21 de febrero de 1984, cuyo criterio se mantiene hasta la fecha. ,

En sentido similar, la Corte Constitucional en sentencia C-368 de 2000 señaló que la subordinación es el elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo y que este elemento ha sido entendido como el poder jurídico que tiene el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, mediante la impartición de órdenes, instrucciones y reglamentos, con el fin de cumplir los objetivos de la empresa que dirige ese empleador.

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado las siguientes reglas que constituyen la verdadera subordinación laboral:

“Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectados en forma alguna por la acción de aquél, porque los empleadores se encuentran sometidos a la continuada sumisión que no solo se origina y fundamenta en la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le impone como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Igualmente, dichos poderes se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con la Constitución, que prevalecen en el orden interno e integran, el bloque de constitucionalidad. En las circunstancias anotadas es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites la Constitución, los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”³⁷.

En síntesis, la subordinación corresponde a: “la posibilidad que tiene el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes respecto del modo, tiempo, lugar, cantidad y calidad de trabajo. Igualmente, la subordinación consiste en la posibilidad legal que tiene el empleador de imponer reglamentos, impartir órdenes y disciplinar al trabajador durante el tiempo de duración del contrato de trabajo”³⁸. (Subrayado como énfasis)

El poder subordinante, es una característica propia del contrato de trabajo, y de su ejercicio se derivan algunos elementos como son el cumplimiento de un horario, turnos o jornada laboral los cuales, a su vez, el trabajador deberá cumplir, el uso de herramientas y uniformes de trabajo, la

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-386 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³⁸ GPS GUÍA LABORAL. “Contrato de Trabajo – Felipe Mutis Téllez”. Op. Cit. Pág. 69.

facultad disciplinaria y correctiva, entre otros. A título de ejemplo, el empleador al fijar el horario, está dando una orden e instrucción sobre las circunstancias de tiempo en que el trabajador debe ejecutar las labores para las cuales fue contratado. Esta es una de las descripciones que trae el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, en virtud de esa misma subordinación o dependencia, el empleador podrá suministrar los medios para la prestación del servicio, como los son las herramientas de trabajo o la dotación. Dichos elementos, a su vez, además de facilitar la ejecución de la labor, el trabajador está en la obligación de utilizar.

Sobre este elemento, la doctrina ha señalado que:

“La subordinación es el elemento diferenciador del contrato de trabajo. No se entiende contrato de trabajo sin subordinación y siempre que haya subordinación habrá contrato de trabajo. En los términos del artículo 23, la subordinación consiste en la facultad que tiene el empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes respecto del modo, tiempo, lugar, cantidad y calidad del trabajo. Igualmente, la subordinación consiste en la posibilidad legal que tiene el empleador de imponer reglamentos, impartir órdenes y disciplinar al trabajador durante el tiempo de duración del contrato de trabajo. Como es de esperarse la facultad del empleador de impartir órdenes y exigir su cumplimiento, viene de la mano con la correlativa obligación del contrato de trabajo de acatarla.”³⁹

Así mismo, y como elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios, la misma obra dispone:

“De manera dialéctica es posible entender la subordinación como la facultad legal que tiene el empleador de definir el «*como*» se prestan los servicios que contrató. A diferencia de los servicios autónomos e independientes donde se determina el «*que*» se contrata, a través de la imposición de órdenes, del seguimiento constante, de la posibilidad de determinar las condiciones en las que se prestan los servicios, el trabajador es dependiente de la voluntad del empleador respecto de los servicios contratados”.⁴⁰ (Subrayado como énfasis)

Resaltamos esta última frase en la medida en que esta puede ser el elemento que más destaca la diferencia entre el trabajo dependiente y el independiente o autónomo.

Justamente, es la dependencia de la voluntad del empleador lo que determina si estamos ante un contrato de trabajo. En este sentido, para que exista contrato de trabajo debe haber una

³⁹ *Ibíd.*, Pág. 69

⁴⁰ *Ibíd.*

imperiosa necesidad de acatar las órdenes y seguir la voluntad de mando del empleador. Es decir que el trabajador no es autónomo frente a la ejecución de sus servicios.

En contraposición, en el contrato de prestación de servicios dicha necesidad no se presenta, puesto que quien contrata el servicio sólo exige éste sea prestado de manera que pueda obtener su resultado final, sin que defina cómo es que deba prestarse este servicio.

Ahora bien, cabe preguntarnos si el pago de salarios y de honorarios en el contrato de trabajo y en el de prestación de servicios profesionales, genera subordinación, entendida como sinónimo de dependencia económica. En el caso del contrato de trabajo, se ha definido que el pago del salario genera subordinación económica del trabajador respecto del empleador. En el caso del contratista independiente que presta el servicio con el fin de recibir su contraprestación, consideramos que no existe dependencia económica traducida como subordinación, toda vez que es un contrato oneroso, bilateral y sinalagmático, en virtud del cual existe la obligación de pagar como contraprestación por el servicio prestado, es decir no se presta el servicio de manera gratuita, ni el pago depende de la voluntad o constituye una dádiva del empleador o contratante.

Con base en lo que ha considerado la jurisprudencia, la doctrina y bajo el criterio de los autores, como elementos propios de la subordinación laboral tenemos, los siguientes:

- La exigencia y la correlativa obligación de cumplimiento de la jornada laboral. Al respecto, el trabajador está en la obligación de cumplir con la jornada laboral que defina el empleador, lo cual implica el deber de prestar sus servicios durante un tiempo determinado.
- El suministro de dotación y/o herramientas de trabajo. En la medida en que el trabajo sea subordinado, el empleador, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, está en la obligación de entregarle al trabajador los elementos necesarios para ejecutar la labor contratada y por lo tanto este tiene la obligación de cumplir con la instrucción del empleador de hacer uso de las herramientas entregadas y de la dotación de vestido y calzado suministrado, entre otras razones, por su propia seguridad e integridad personal por los riesgos generados por el trabajo.
- La facultad o poder del empleador de disciplinar al trabajador para que cumpla las órdenes e instrucciones. Este poder se refiere a la posibilidad que tiene el empleador de exigir los términos y condiciones sobre cómo ejecuta la labor el trabajador con el fin de corregir los incumplimientos.

- La subordinación económica del trabajador respecto del empleador, representada por el pago del salario. Tal y como lo ha considerado la Corte Constitucional la subordinación económica se presenta cuando una persona depende de otra en las fuentes de subsistencia. Es así como el trabajador es subordinado económicamente respecto del empleador, quien, por lo general tiene bajo su dirección la unidad de explotación económica donde el trabajador presta sus servicios personales.⁴¹

Una vez definida la subordinación laboral, propia de los contratos de trabajo, pasemos a analizar si esta se presenta en el trabajo digital.

En cuanto a la subordinación, las plataformas y aplicaciones digitales le permiten al prestador de servicios definir autónomamente su disponibilidad y durante cuánto tiempo prestará su servicio, qué encargos decide aceptar, , entre otros. Esto conlleva entonces a un concepto más amplio y flexible, toda vez que no se trata de una persona que presta el servicio bajo unas órdenes e instrucciones y directrices, sino que decide autónoma y libremente qué tareas ejecutar, cuanto tiempo prestará sus servicios y su compensación estará definida según las actividades que ejecute o los encargos que acepte y cumpla.

En este sentido, por ejemplo y como vemos en la práctica, el dueño de la plataforma puede establecer unos parámetros de servicio que es lo que caracteriza a la aplicación y lo que la puede hacer atractiva frente al consumidor final. Estos parámetros se verán materializados en las directrices para el prestador de servicios, con el fin de garantizar la buena prestación del servicio y la fidelidad del consumidor final para con la plataforma digital.

Sobre este punto, cabe mencionar que no sólo por el hecho de que tales parámetros y directrices existan, necesariamente debe entenderse que estamos ante una relación dependiente y subordinada. Al respecto, ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“... 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.”⁴²

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 16062 del 6 de septiembre de 2001. M.P. Carlos Isaac Náder.

Finalmente es importante apreciar como contrapartida, la posición de la OIT⁴³, en cuanto a la subordinación, ya que puesto que esta aboga por el reconocimiento del trabajo digital como una expresión del trabajo que debe regirse por el derecho laboral, tratándose de un trabajo en su criterio subordinado, situación expresada en la imposibilidad de negociar las condiciones de prestación del servicio a las cuales deben adherir el trabajador digital; las imposición de tarifas por la prestación del servicio; la falta de herramientas o recursos para controvertir las decisiones que puedan afectar la permanencia y acceso del trabajador digital al trabajo mediante la plataforma tecnológica o aplicación; la existencia según la OIT del poder disciplinario del propietario de la plataforma tecnológica o aplicación, que se representa en la imposición de sanciones, tales como lo limitación de trabajo o exclusión de la plataforma o aplicación móvil para quien es objeto de la medida, por calidad o quejas sobre su servicio. En contrapartida, pese a disponer el trabajador digital de la posibilidad de elegir horarios, disponibilidad, tiempo durante el cual presta el servicio etc., son factores que en opinión de la OIT, aminoran la pretendida libertad, en la medida que la disponibilidad puede jugar en contra de la calificación de su servicio. Así mismo, la OIT señala conforme a su estudio que el trabajador digital se emplea en tiempo parcial, siendo por el contrario su aspiración laborar más horas, hecho que no le resulta posible, bien sea por la abundancia de oferentes de servicios o por cuanto no se ve adecuadamente remunerado por la tarifa establecida por el propietario de la plataforma o aplicación.

2.6. Contrato de prestación de servicios independientes: definición y características aportadas por el derecho laboral colombiano

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo define a los contratistas independientes como aquellas personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y, con libertad y autonomía técnica y directiva.

Para efectos del objeto de este escrito, que es la ejecución de la actividad por parte de la persona natural, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado⁴⁴ que esta norma contempla una relación jurídica entre la persona que encarga la ejecución de la obra o labor y la persona que la realiza. Esta relación origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario y exige la concurrencia de los requisitos de que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio de terminado.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto del concepto del contrato de prestación de servicios, ha considerado:

⁴³ Organización Internacional del Trabajo - OIT. Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Ginebra, 2019. Págs. 103 y ss.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de mayo de 1961.

“Por su parte, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.”⁴⁵

Con base en lo anterior, podemos concluir entonces que el contrato de prestación de servicios también tiene tres elementos o características esenciales. El primero, es la prestación del servicio. El segundo corresponde a que el servicio es prestado con autonomía técnica y directiva y bajo el riesgo del contratista. El tercero es el pago del precio por el servicio prestado u obra contratada.

De lo anterior, observamos que los elementos esenciales del contrato de trabajo y del de prestación de servicios, guardan correspondencia con los elementos o características de aquel. Sin embargo, dichas características difieren entre sí como pasamos a explicar.

En lo que tiene que ver con la primera característica, esto es la prestación del servicio, en el contrato de trabajo dicha prestación debe ser *intuitio personae*. Por tanto, el trabajador no puede delegarla en una persona diferente como antes lo señalamos, mientras que, en el contrato de prestación de servicios, dicha condición no necesariamente debe cumplirse, ya que el contratista puede delegar la ejecución de la obra o la prestación del servicio en un tercero.

En cuanto al segundo elemento característico, de la subordinación, tenemos que en el contrato de trabajo está presente dicho elemento en la medida en que el empleador tiene la facultad de definir e imponer las condiciones de tiempo, modo, lugar, cantidad y calidad del trabajo y el trabajador tiene la obligación de atenderlas. Por su parte, en el contrato de prestación de servicios, dicha facultad no existe, por cuanto el contratista ejecuta su actividad con plena autonomía e independencia, es decir, con sus propios medios y bajo su propio riesgo. Sobre este punto o característica, resaltamos lo que consideró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referida arriba, en el sentido que el contratante puede dar algunas directrices y ejercer actividades de supervisión y vigilancia, sin que por ello se entienda que esté ejerciendo actos de subordinación y que, por lo tanto, las partes estén ante la presencia de un contrato de trabajo. Lo anterior, por cuanto el contratante como beneficiario del servicio puede realizar las exigencias que resulten pertinentes para recibir a satisfacción el servicio u obra contratado.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 48531 del 16 de agosto de 2017. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Al respecto, como lo referimos arriba, Mutis (2019)⁴⁶ ha señalado que la subordinación es la facultad que tiene el empleador de definir cómo se deben prestar los servicios, mientras que el contratante determina qué servicio se contrata.

Es decir que, en el contrato de trabajo el empleador puede definir, además de la labor o actividad que contrata, la manera como dicha actividad se ejecuta. Mientras que en el contrato de prestación de servicios el contratante no puede, en principio, definir la manera como se ejecutará el servicio y obra contratada.

Lo anterior, no obsta para que, en la ejecución de un contrato de prestación de servicios, el contratante pueda ejecutar actos de coordinación e impartir instrucciones o recomendaciones en la prestación de los servicios del contratista. Esto por cuanto, el contratante como parte beneficiario de la obra o servicio tiene el derecho recibir a satisfacción la prestación contratada.

Finalmente, y en cuanto al tercer elemento, encontramos que tanto en el contrato de trabajo como en el de prestación de servicios, el beneficiario del servicio tiene la obligación de pagar una contraprestación por el mismo, bien sea a título de salario (tratándose del contrato de trabajo) o de honorarios (tratándose del contrato de prestación de servicios).

La diferencia principalmente radica en que, en el contrato de trabajo, como se trata de una prestación de servicios periódica, por disposición del artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago del salario (sueldo) no puede ser superior a un mes, mientras que, por su parte, en el contrato de prestación de servicios no existe dicha limitación. En esta medida, las partes del contrato de prestación de servicios pueden acordar hacer pagos semanales, mensuales, trimestrales, semestrales, al finalizar el encargo, o cualquier otra modalidad.

En consideración a lo anterior, tenemos que la diferencia principal entre estas dos modalidades de prestación de servicios está principalmente en la subordinación frente a la autonomía y, en menor medida, en la prestación personal frente a la delegación del servicio.

2.7. Contrato para la confección de una obra material y arrendamiento de servicios inmateriales: Contrato de obra o empresa.

Para abordar el análisis de estos contratos es preciso partir de la definición prevista en el artículo 1973 del Código Civil para el contrato de arrendamiento. Conforme este artículo “[E]l arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder

⁴⁶ GPS GUÍA LABORAL. “Contrato de Trabajo – Felipe Mutis Téllez”. Op. Cit. Pág. 69

el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Señala la doctrina que “...en dicha definición están involucrados, como si se tratara de fenómenos sustancialmente iguales, el contrato de arrendamiento de cosas, el contrato de obra, conocido hoy también con el nombre de contrato de empresa, y el contrato de prestación de servicios, más propiamente el contrato de trabajo”.⁴⁷

Añade igualmente este tratadista⁴⁸ que en la actualidad el contrato de arrendamiento está limitado doctrinaria y legalmente en algunos ordenamientos jurídicos al arrendamiento de cosas y en lo que atañe a la ejecución de obras y a la prestación de servicios, ya no se consideran como modalidades de arrendamiento sino a formas contractuales sujetas a principios y regulaciones propias, independientes de este último.

Teniendo en cuenta la evolución e independencia que logró el arrendamiento de servicios, al regularse actualmente por el contrato de trabajo, examinaremos el contrato para la confección de una obra, previsto en los artículos 2053 a 2062 así como el denominado contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, regulado por los artículos 2063 a 2069 del Código Civil, los cuales son considerados por la doctrina⁴⁹ como un solo contrato, denominados de manera genérica como el contrato de obra o empresa para efectos de nuestro análisis, al punto del contrato de prestación de servicios.

Es importante tener en cuenta que el artículo 2063 del Código Civil, remite expresamente al artículo 2054 y siguientes del mismo Código, para efectos de regular las obras inmateriales o aquellas en que predomina la inteligencia sobre la obra material. Este Código define la obra inmaterial ejemplificando dichas labores como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso.

Bajo esta óptica tenemos entonces que este contrato, que denominaremos de empresa, se caracteriza por la ejecución de una obra, material o inmaterial, donde el artífice o empresario realiza el encargo con autonomía e independencia de quien la encomienda, recibiendo en contraprestación por parte de este último, un precio o remuneración pactada y si no se acordó por las partes, la usual para dicha obra o en su defecto la que determine un perito. En consecuencia, estamos ante un contrato oneroso y consensual, ya que la ley no indica una determinada formalidad diferente al acuerdo de las partes para su celebración.

⁴⁷ GOMEZ ESTRADA, Cesar. De los principales contratos civiles. Editorial Temis Ltda., Segunda Edición, Bogotá: Colombia, 1987, pág. 203.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 357.

En el contrato de obra, resulta entonces importante el resultado o producto pactado, más que la labor desempeñada, siendo este un aspecto diferenciador de este contrato respecto del contrato de trabajo, donde predomina la importancia de la labor, sobre el producto final.

Si revisamos los artículos 2064 a 2069 del Código Civil, podemos evidenciar que regulan la ejecución de labores subordinadas⁵⁰. No obstante, este tipo de actividades, dado que son propias de los contratos de trabajo, actualmente están reguladas en el Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior nos permite ver el contraste de esta figura con la independencia que demanda el contrato de empresa.

Como punto de comparación, y retomando a GOMEZ ESTRADA⁵¹, conviene diferenciar, dada su utilidad para este estudio, el contrato de obra o empresa con el de mandato regulado en el artículo 2142 del Código Civil. El mandato implica como elementos de su esencia el encargo, con o sin representación expresa, que habrá de culminar en la celebración de un negocio o acto jurídico en favor del mandante generalmente. Estos elementos no se corresponden con el contrato de obra, donde no se requiere la representación y su producto final es una obra material o inmaterial, diferenciado igualmente del contrato de trabajo con el de mandato.

III. Análisis

Teniendo en cuenta las categorías mencionadas anteriormente y cada una de sus características, pasamos ahora a exponer las que en nuestro criterio corresponden a las características del trabajo digital. De esta manera, podremos determinar si el trabajo digital encuadra en alguna de las modalidades de prestación de servicios descritas o si corresponde a una nueva categoría.

Conforme a la definición que expusimos arriba, el trabajo digital es aquel en virtud del cual un sujeto realiza o ejecuta un servicio u obra, de forma personal y directa, a través del uso de una aplicación móvil o plataforma tecnológica.

A partir de esta definición determinaremos los elementos o características esenciales de esta modalidad de prestación de servicios. En este sentido, tenemos que tratándose del trabajo digital el servicio se presta de manera personal y directa.

En este punto tenemos que, en principio, esta característica podría coincidir con la primera característica del contrato de trabajo (prestación personal del servicio). Esto en el sentido de que

⁵⁰ Obsérvese la redacción del artículo 2064 del Código Civil al referirse a las ocupaciones y obras que permitan apreciar características y elementos propios del contrato de trabajo como la subordinación y el salario: “Artículo 2064. Servicios Inmateriales. Los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores, se sujetan a las reglas especiales que siguen”.

⁵¹ GOMEZ ESTRADA, Cesar. De los principales contratos civiles. Op. Cit. Págs. 359 y 360.

el trabajo digital debe ser ejecutado necesariamente por el trabajador digital y éste no tenga la posibilidad de delegar la labor en una tercera persona.

No obstante, surge el interrogante sobre si necesariamente la ejecución de la labor es indelegable. Al respecto, consideramos que, en este estado del arte, ello dependerá de las condiciones impuestas por el propietario de la plataforma digital o aplicación, así como del servicio requerido e igualmente de las necesidades de mano de obra calificada que se pretende contratar por medio de la plataforma digital o aplicación.

En este sentido, puede suceder que para el contratante sea un elemento determinante la condición del sujeto con quien contrata, como puede ser que el interés del contratante sea la prestación del servicio a satisfacción del beneficiario final del mismo, sin importar el sujeto que ejecuta la labor o servicio contratado.

Este es un elemento que resulta controversial para la categorización, puesto que la tecnología que permitió el desarrollo del trabajo digital, enmarcado en las plataformas y aplicaciones móviles de las cuales se vale, requiere la identificación plena del trabajador digital y en alguna medida del conocimiento sobre sus aptitudes y capacidades, tanto para el propietario de la plataforma, como para el beneficiario final o el usuario que solicita el servicio, ya que, como hemos dicho, el servicio se contrata mediante el uso de la plataforma digital y para acceder a ella se requiere de computadores o dispositivos móviles que determinan la identificación de quien requiere el servicio y de aquel que lo presta.

La identificación plena del trabajador digital se corresponde con una necesidad desde el punto de vista del funcionamiento de la plataforma tecnológica, así como de certeza de quien prestará el servicio, indudablemente entre otras razones por seguridad del beneficiario final de la obra o servicio. Así mismo la identificación del trabajador digital juega un papel determinante en cuanto a su reputación y la calificación de su servicio por parte de los beneficiarios finales o usuarios, elemento importantísimo tratándose del trabajo digital, puesto que de él dependerá la asignación de trabajo e incluso la permanencia del mismo en la red que genera la plataforma digital o aplicación.

Ahora bien, cabe preguntarnos si ¿la identificación e individualización del trabajador en este caso equivalen a entender que estamos ante el elemento *intuitio personae*, propio del contrato de trabajo, es decir, que se contrata por las condiciones especiales del mismo?

Para responder a este interrogante, consideramos que la identificación o individualización del trabajador no necesariamente significa que el contrato sea celebrado *intuitio personae*, en su aceptación clásica del contrato de trabajo y que dada la multiplicidad de plataformas y aplicaciones digitales, así como de los servicios ofrecidos, este elemento no se ajusta de manera perfecta al trabajo digital, salvo que la identificación plena se encamine a permitirle al contratante conocer

las condiciones especiales y particulares de formación en profesiones, artes u oficios de los oferentes en este mercado y que se requiera para el servicio a contratar, es decir, acorde con el interés del beneficiario final.

En consecuencia, consideramos que el elemento *intuitu personae* existe en el trabajador digital, pero puede desdibujarse por las razones antes anotadas. No obstante, la seguridad y certeza del beneficiario final o usuario en cuanto a quién prestará el servicio, limitan de manera importante la posibilidad de delegación, que apreciamos más por las condiciones de operación de la plataforma, que en consideraciones personalísimas del prestador del servicio. Obviamente debe reconocerse que, en determinados trabajos digitales, el trabajador digital es contratado en función de sus particulares condiciones personales y de conocimiento que harían inviable la delegación.

En consecuencia, y a modo de conclusión respecto del primer elemento caracterizador, la delegación podría estar permitida en las plataformas digitales, de acuerdo con las condiciones previstas por su dueño y en función del servicio ofrecido. Es decir que, el trabajo digital no necesariamente es *intuitu personae*. Es decir, que no se requiere de una calidad, capacidad o calificación específicas para que la actividad deba ser ejecutada exclusivamente por un sujeto determinado. En consecuencia, dado que estos elementos no son indispensables, el trabajador digital puede delegar su actividad para que la ejecute un tercero.

En cuanto al segundo elemento de la subordinación o autonomía consideramos que el trabajo digital no contempla la subordinación como elemento característico de dicha modalidad de servicios.

Recordemos que el trabajo digital contempla el elemento característico de la prestación del servicio contratado a través del uso de aplicaciones móviles o plataformas tecnológicas, sin el cual no existe y que no es esencial para la existencia de un contrato de trabajo. Esto quiere decir que, es a través de esta última en donde se encuentran la oferta y la demanda del servicio, presentándose algo característico del trabajo digital y es la presencia de un tercero, dueño de la plataforma que pone en contacto al contratante y al contratista, pero mediante el uso de las nuevas tecnologías. El contrato de trabajo no requiere de la presencia de una tercera parte, por lo cual podemos afirmar que es bilateral.

El trabajo digital, como lo hemos mencionado, requiere el uso de una plataforma tecnológica o la aplicación móvil e implica la aceptación en bloque de los términos y condiciones impuestos por su propietario, por parte del trabajador digital y del beneficiario final del servicio, de manera que no existe margen alguno de negociación de estos últimos con el propietario de la plataforma o aplicación. En esta medida, podemos considerar que el contrato digital se regula por un contrato de adhesión y por ello podríamos considerar esto como el ejercicio del poder subordinante por parte del primero. No obstante, consideramos que no se trata, como queda dicho, de la

subordinación propia del derecho laboral, sino la presencia de un contrato de adhesión que no por ello implica la prestación de servicios dependientes.

No obstante, sobre este punto entran a figurar otros elementos que pueden ser considerados como propios del negocio y no necesariamente como un ejercicio del poder subordinante sobre un trabajador, como vimos con anterioridad al referirnos a la prestación personal y la delegación de la prestación del servicio. Lo anterior por cuanto, el propietario de la plataforma tecnológica igualmente está interesado en que su negocio, consistente en el acercamiento del destinatario final del servicio y el trabajador digital, sea realizado dentro de determinadas condiciones para dotar al mismo de uniformidad, calidad, confiabilidad, seguridad, entre otros, que permitan su adecuado desarrollo.

Ahora bien, es aquí donde conviene recordar que, conforme lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el esquema de prestación de servicios, el contratante puede impartir instrucciones al contratista, sin que ello pueda considerarse ejercicio del poder subordinante, tal como antes se anotó.

Adicionalmente, entre los otros elementos que se consideran como parte del negocio y que puede imponer el dueño de la plataforma tecnológica está el uso, manejo y publicidad de la marca propia de la aplicación móvil. En este sentido, el dueño de la aplicación puede establecer los términos para el uso de la marca, sin que por ello se entienda que hay un ejercicio del poder subordinante sobre el trabajador digital, puesto que se trata del ejercicio y determinación del comerciante sobre cómo llevar el negocio comercial.

Es por ello que, si bien el dueño de la plataforma puede definir los términos y condiciones del uso de la marca, así como los parámetros de prestación del servicio, esto no puede ser considerado como la imposición de órdenes e instrucciones al trabajador digital por parte del dueño de la plataforma tecnológica. En consecuencia, y como lo hemos mencionado líneas arriba, dichas determinaciones por parte del dueño de la plataforma digital no constituyen actos de subordinación propios del contrato de trabajo, pues son las directrices que puede dar el contratante para obtener el servicio que contrata según lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, entre ella la que hemos citado anteriormente.

En esta medida, el trabajador digital bajo su propia autonomía define en qué tiempo presta el servicio, puesto que no está sujeto a horario y define cuánto tiempo decide estar vinculado a la plataforma. Así mismo, el trabajador digital define qué encargos tomar y ejecutar, y cuáles no. Esto evidencia la autonomía del trabajador digital en la ejecución de la actividad o servicio contratado. En contrapartida, el tiempo que el trabajador digital esté vinculado a la aplicación móvil y los encargos o actividades que decida ejecutar, definirán el precio que le será pagado como contraprestación del servicio.

Lo anterior quiere decir que no es el dueño de la plataforma quien determina el monto final a pagar por la prestación del servicio por parte del trabajador digital, sino que el mismo dependerá de las tarifas predefinidas las cuales son aceptadas tanto por el usuario (beneficiario final) de la plataforma como por el trabajador digital. Así mismo, el valor a pagar dependerá del servicio prestado o la obra ejecutada, en las cantidades y frecuencia decididas por este último. Esto evidencia la autonomía del trabajador digital en la decisión de ejecutar la actividad contratada y el monto del ingreso que finalmente recibirá en función de la dedicación de tiempo que desee darle.

Finalmente, y aunado a lo anterior, en cuanto al tercer elemento: la remuneración o contraprestación del servicio prestado o la obra ejecutada, tenemos que el trabajo digital también implica el pago del precio por el servicio u obra contratada, como hemos visto. Sobre este aspecto, el punto está en determinar la periodicidad en el pago. Al respecto, la doctrina no establece una referencia a ese respecto. De manera que nada obsta para que las partes del contrato puedan definir la forma de pago. En este sentido, el pago podrá ser mensual o tener una periodicidad mayor. En consecuencia, este elemento coincide con el del contrato de prestación de servicios.

Conclusión

Teniendo en cuenta el análisis expuesto, consideramos que el trabajo digital corresponde a la categoría de contratista independiente. Esta conclusión la fundamentamos en los argumentos expuestos a lo largo del documento y que resumimos a continuación.

En primer lugar, el elemento *intuitio personae* en el trabajador digital no corresponde al mismo elemento del contrato de trabajo, salvo que la plataforma digital ofrezca los servicios en virtud de las calidades y formación técnica, artística o profesional del trabajador digital.

La prestación del servicio podría delegarse en un tercero, si las condiciones impuestas por la plataforma tecnológica así lo permiten y esta posibilidad depende en buena medida del tipo de servicio ofrecido.

En segundo lugar, consideramos que no se consolida el elemento de la subordinación. Esto por cuanto, el trabajador digital o contratista define libremente cuándo presta sus servicios y suspende la prestación de los mismos. Esto significa que él libremente define su tiempo de trabajo, es decir su horario, turnos y/o disponibilidad laboral, al tiempo que realiza la obra o labor con independencia técnica y administrativa y con sus propios recursos.

Adicionalmente, en el trabajo digital no hay un suministro a título gratuito de los elementos o herramientas para prestar servicios, puesto que el trabajador digital debe o puede adquirir los

elementos que requiera para prestar sus servicios dentro del margen de la plataforma digital, con el fin de usar una marca distintiva de la misma.

Por otra parte, si bien el trabajador digital puede depender económicamente en gran parte de los ingresos que percibe de la plataforma digital o aplicación, no por ello se puede entender que estemos ante un servicio subordinado, puesto que tanto el trabajador digital, como el trabajador dependiente o el contratista independiente, prestan su servicio a cambio de una contraprestación económica.

Así mismo, en el trabajo digital, es el mismo prestador del servicio quien determina el tiempo, modo, lugar y forma del trabajo, sin que exista derecho por parte del contratante de imponer estas circunstancias ni de sustituir su voluntad cuando lo considere necesario, toda vez que no existe poder de disciplina ni reglamentación, sin perder de vista la adhesión del trabajador digital a las condiciones de prestación del servicio. En complemento de lo anterior, el trabajador digital no tiene limitación en su autonomía, lo que significa que no se encuentra sometido a la voluntad del contratante, sin que exista en estricto sentido quien mande y quien obedezca.

Es así como el trabajador digital (a quien asemejamos como un mero contratista) puede decidir libremente qué encargos, actividades u obras realiza. Es decir, que el contratante no tiene una incidencia en la frecuencia o realización efectiva de la obra o servicio. Sobre este punto es importante resaltar que, si bien la compensación o remuneración del trabajador digital dependerá del tiempo y ejecución de los servicios efectivamente realizados, no por ello se podría entender la existencia de un contrato de trabajo. Lo anterior por cuanto el contratante o empresa digital no exige una disponibilidad o ejecución de labores mínimas, sino que la remuneración del trabajador digital depende de los encargos debidamente ejecutados.

Adicionalmente, por el hecho de que la plataforma o aplicación móvil defina los términos y condiciones del uso de la misma y establezca las condiciones de prestación del servicio, a las cuales adhieren el beneficiario final y el trabajador digital, no se puede entender que exista el elemento de subordinación del prestador de servicio respecto del dueño de la plataforma. Esto por cuanto las condiciones impuestas por el propietario de la plataforma tecnológica y la aplicación digital resultan necesarias para la adecuada prestación del servicio, uniformidad, certeza, seguridad etc., que requieren los negocios y la fidelización de clientes (beneficiarios finales del servicio).

Al respecto, la existencia de parámetros y directrices, no puede entenderse como evidencia de la existencia de una relación dependiente y subordinada, tal como ya lo ha definido la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No sólo se debe hablar de trabajador bajo el entendido que es la persona que presta servicios subordinados (trabajador dependiente), sino que es necesario ampliar el concepto al de prestador

de servicios en términos generales. Lo anterior toda vez que las plataformas digitales de microtarefas le permiten a éste (el prestador de servicios) definir autónomamente cuánto tiempo prestar el servicio, qué encargos decide aceptar, cómo prestar el servicio, entre otros. Esto conlleva entonces a un concepto más amplio y flexible, toda vez que no se trata de una persona que presta el servicio bajo unas órdenes y directrices, sino que decide autónoma y libremente qué tareas ejecutar y su compensación estará definida según las actividades que ejecute o los encargos que acepte y cumpla.

Referencias Bibliográficas

AIBAR, Javier. El trabajo de las plataformas digitales. Relación con los sistemas de seguridad social. Foro mundial de la seguridad social. 33ª Asamblea General de la AISS, Bruselas, Bélgica, 14-18 de octubre de 2019. Tesorería General de la Seguridad Social, Madrid. Comisión Técnica de Recaudación y Cobranza de Cotizaciones, Asociación Internacional de la Seguridad Social, Ginebra.

Código Civil de la República de Colombia.

Código Sustantivo de Trabajo de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 082 de 2018.

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 190 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia C-386 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 48488 del 25 de julio de 2018. M. P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de mayo de 1961.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de junio de 1973.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 48531 del 16 de agosto de 2017. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 16062 del 6 de septiembre de 2001. M.P. Carlos Isaac Náder.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de enero de 1962.

FERRER, Miguel. Presente y Futuro de las plataformas digitales. Documento No. 4. Revista de estudios de juventud, No. 119. Marzo de 2018.

GOMEZ ESTRADA, Cesar. De los principales contratos civiles. Editorial Temis Ltda., Segunda Edición, 1987 Bogotá, Colombia, pagina 203.

GPS GUÍA LABORAL. “Contrato de Trabajo – Felipe Mutis Téllez”. Pg. 68 Ed. Tirant Lo Blanch. 2019.

Ley 1955 de 2019. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”,

MADARIAGA, Javier. BUENADICHA, Cesar. MOLINA, Erika. ERNST, Cristoph. Economía de plataformas y el empleo. ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina? CIPPEC, BID, LAB, OIT. Buenos Aires, Argentina. 2019.

Organización Internacional de Trabajo - OIT. *Declaración para el Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo.*” Ginebra, 2019

Organización Internacional de Trabajo - OIT. “Empleo encubierto/Empleo por cuenta propia económicamente dependiente”.

Organización Internacional de Trabajo - OIT. Comisión Mundial Sobre el Futuro del Trabajo “Trabajar para un futuro más prometedor”. 2019.

Organización Internacional de Trabajo - OIT. Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Como Fomentar el trabajo decente en el mundo digital, Ginebra, 2019.

SCHWAB, Klaus. La Cuarta Revolución Industrial, World Economic Forum, Debate, 2016.

SUAREZ CORUJO, Borja. La gran transición: La economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social. Temas Laborales. Número 141/2018.