Víctor D. Cabezas Albán

Trabajo Digital

Conceptos, ideas y debates sobre el futuro del empleo que ya llegó



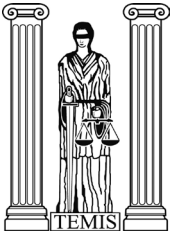
Editorial Temis
Obras Jurídicas

TRABAJO DIGITAL

VÍCTOR CABEZAS ALBÁN
Universidad San Francisco de Quito
Universidad Externado de Colombia

TRABAJO DIGITAL

CONCEPTOS, DEBATES Y PROPUESTAS SOBRE EL FUTURO DEL EMPLEO QUE YA LLEGÓ



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Víctor D. Cabezas Albán, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1265-0
3070 2020023250
ISBN e-book 978-958-35-1459-3

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

Al Maestro, Fabián
Jaramillo Terán

La investigación que sirvió de base para este libro fue realizada en el programa de Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos, con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia.

Este libro forma parte de la Colección Iuris Dictio, el sello del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Introducción 1

CAPÍTULO I

EL TRABAJO DIGITAL ¿UN FENÓMENO CIVIL, LABORAL O DEL MUNDO MODERNO?

1. Introducción: la incidencia de la tecnología en la sociedad contemporánea 5
2. ¿Por qué utilizar el término trabajo digital? una justificación metodológica 6
3. El trabajo digital 9
   A) Las características del trabajo digital: pareo de oferta y demanda de trabajo mediante internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación 10
   B) Las características del trabajo digital: relación tripartita entre el operador del servicio, el consumidor y el prestador 11
   C) Las características del trabajo digital: economías de escala 14
   D) Las características del trabajo digital: inmediatez en el desarrollo de la relación y fugacidad de la relación prestador-solicitante 15
   E) Las características del trabajo digital: globalización 15
4. El trabajo digital: un fenómeno disruptivo frente al derecho del trabajo clásico 17
   A) La disrupción del trabajo digital en la conceptualización de la teoría del derecho del trabajo 18
   B) La disrupción del trabajo digital en el concepto de empleador 25
   C) La disrupción del trabajo digital en el concepto de trabajador 26
   D) La disrupción del trabajo digital en el entorno de ejecución del trabajo 28
   E) La disrupción del trabajo digital en el horario y la jornada de trabajo 29
   F) La disrupción del trabajo digital en la remuneración 30

PÁG.

5. Las manifestaciones del trabajo digital: "crowdwork" y trabajo bajo demanda vía apps 31
A) El crowdwork 32
a) El crowdwork y las relaciones laborales 33
b) El crowdwork en Latinoamérica 35
B) El trabajo bajo demanda vía apps 38
a) El trabajo bajo demanda vía apps y su interacción conflictiva con los derechos de los trabajadores 44

Capítulo II

EL TRABAJO DIGITAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO. ¿EXISTEN MANIFESTACIONES DE SUBORDINACIÓN QUE CONLLEVEN A LA TIPIFICACIÓN DE LA RELACIÓN OPERADOR-PRESTADOR COMO LABORAL?

1. La subordinación como el núcleo desde el cual se construye la protección del derecho laboral 51
2. El trabajo bajo demanda vía apps ¿una muestra de la subordinación líquida? 55
A) Se debe entender cabalmente la noción de independencia 58
B) Directrices blandas 59
C) Entorno de trabajo controlado por fuerzas tecnológicas 59
D) Locación del riesgo 60
E) Ubicación del poder 61
3. La parasubordinación y su capacidad de absorción de la necesidad de regulación del trabajo digital 63
4. Las expresiones de subordinación en el trabajo digital 69
A) La prestación del servicio por cuenta ajena 69
a) Ajenidad en los riesgos 71
b) Ajenidad en los frutos 72
c) Ajenidad en la propiedad de la organización 72
d) Ajenidad en el acceso mercado 73
5. El desequilibrio en el poder negociador y la desigualdad material como expresión de subordinación en el trabajo digital 74
A) Despojo de la capacidad de configuración del contrato 76
B) Capacidad del operador para actuar como árbitro 77
C) Incapacidad del prestador del servicio de incidir en puntos clave del negocio 77
D) Asimetría en el acceso a la información 78
E) Carencia de oportunidades empresariales 78
6. Las expresiones de subordinación en el trabajo digital: la supervisión y vigilancia 80

PÁG.

7. Las características del "crowdwork" que repelen su sujeción plena al derecho laboral clásico 84

Capítulo III

EL TRABAJO DIGITAL: UNA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL

1. ¿Por qué el trabajo digital merece ser regulado como una relación laboral especial? 91
2. Los elementos estructurales del régimen especial 98
A) Sobre la naturaleza especial del trabajo digital 98
B) Sobre las características del régimen especial del trabajo digital 99
C) Sobre la definición del trabajador digital 102
D) Sobre la definición de empresa operadora 103
E) Sobre el contrato de vinculación 104
F) Sobre el registro público del trabajo digital 106
G) El test de suficiencia de participación como punto de ingreso al régimen especial del trabajo digital 106
H) Síntesis de los requisitos del contrato de vinculación que permite el acceso al régimen especial del trabajo digital 110
I) Los derechos del trabajador digital: la afiliación a la seguridad social 110
J) Los derechos del trabajador digital: la estabilidad de las tasas de participación de la empresa operadora 115
K) Los derechos del trabajador digital: la portabilidad de la reputación 116
L) Los derechos del trabajador digital: la libertad de trabajo 117
M) Los derechos del trabajador digital: la delimitación estricta de las causales de desconexión 117
N) Los derechos del trabajador digital: ser notificado con una resolución suficientemente motivada en caso de ser desconectado 118
Ñ) Los derechos del trabajador digital: impugnar civilmente la resolución del contrato de vinculación 119
O) El derecho colectivo en el trabajador digital 121
P) Alternativas de aplicación del régimen especial 123
3. Viabilidad constitucional y convencional de la inclusión de los trabajadores digitales a un régimen especial 125
A) La neutralidad nominal de la norma 128
B) La justificación de la distinción 130
C) La validez material de la medida 131

Bibliografía 133
Índice de autores 143

LISTA DE FIGURAS

PÁG.

Figura 1. Relación tripartita del trabajo digital 13

Figura 2. Características del trabajo digital 17

Figura 3. Manifestaciones del trabajo digital 31

Figura 4. Características del trabajo bajo demanda vía apps 44

Figura 5. Fricción de los derechos de los trabajadores y el trabajo bajo demanda vía apps 48

Figura 6. Criterios marco para evaluar la subordinación en el trabajo digital 62

Figura 7. Componentes del desequilibrio en el poder negociador y la desigualdad material..... 79

Figura 8. Expresiones de supervisión y vigilancia en el trabajo digital.... 83

Figura 9. Razones por las que se hace crowdwork 86

Figura 10. Matriz del Régimen Especial del Trabajo Digital 101

Figura 11. Elementos del contrato de vinculación al régimen especial del trabajo digital..... 105

Figura 12. Contrato de vinculación al régimen especial del trabajo digital 111

INTRODUCCIÓN

Para que el derecho del trabajo pueda cumplir su función social de proteger al más débil de una relación contractual, debe ser capaz de acoplar sus instituciones —clásicamente rígidas e inflexibles— a la nueva realidad social impuesta por la globalización y por el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que ha calado profundamente en sus espacios de interés, pues básicamente se encuentra transformando las fuerzas de la oferta y la demanda y la misma forma en que se ejecuta el trabajo.

Plataformas como Uber, Rappi, Cabify, Glovo o AMT registran un crecimiento vertiginoso, apalancadas en la masificación de internet, en la caída del empleo tradicional y en la transfiguración de los hábitos de consumo que hoy, en gran medida, se dan en línea. Con todo lo cual, algunos autores han advertido cómo se está *ad portas* de una nueva revolución industrial, con efectos igual o más transformadores que la del siglo XIX.

En inicio, las empresas de trabajo digital se presentaron como una oportunidad para que las personas, en sus tiempos libres o de manera suplementaria, ejecutaran un servicio lucrativo con sus propios recursos, sin horarios y sin exigencias. Sin embargo, la popularización de estos medios de contratación, sumada a la baja demanda de empleos formales, ha relativizado la noción misma de independencia del prestador, frente al operador del aplicativo móvil, pues la realidad empieza a evidenciar la existencia de un vínculo mucho más estrecho y dependiente entre ambas partes de la relación contractual, cuyo marco protector es un dilema global.

Ante este escenario, ¿cuál es el régimen jurídico aplicable a los prestadores de servicios que se ofrecen y ejecutan por medio de aplicativos móviles que funcionan bajo el sistema de trabajo digital?, ¿dentro del ámbito del nuevo trabajo digital, se constituye una relación laboral, civil o una que, por sus especiales características, requiere su propio régimen? El objetivo de este libro es indagar a profundidad si el trabajador digital debería estar sujeto a las normas clásicas del derecho laboral, a las del derecho civil o, por el contrario, a una relación especial.

Actualmente no se prevé un régimen que recepte la realidad de la prestación de servicios bajo este esquema. El marco legal vigente solo permite que el trabajo digital esté sujeto o bien al derecho común, cuando se considera que el prestador es autónomo, o bien al derecho laboral, si se estima que es trabajador. No obstante, ninguna de esas dos alternativas parece razonable.

De un lado, suponer que los prestadores son absolutamente autónomos frente a la empresa operadora y que, por ende, se rigen por las normas del derecho común, resulta inverosímil, dada la sujeción de estos a las reglas de compensación económica preestablecidas, a las políticas de selección de rutas, de estándares de ejecución del servicio y, sobre todo, por cuanto el prestador lo realiza por cuenta ajena. De otro lado, la laboralización integral de este tipo de relaciones es inconveniente, pues iría en contra de la realidad especialísima de las nuevas formas de trabajo, caracterizadas por una autonomía relativa, libertad horaria y elasticidad de la oferta de trabajo. Asimilar el trabajo bajo demanda digital con un régimen ordinario terminaría por destruir su estructura económica y jurídica, estancando fútilmente el avance de las nuevas tecnologías en la esfera laboral.

Para abordar esta compleja cuestión, esta investigación partió, en su primer capítulo, por definir y caracterizar el mundo del trabajo digital, así como explorar sus dos más relevantes manifestaciones: el trabajo bajo demanda vía apps y el *crowdwork,* descifrando algunos de sus puntos de fricción con el derecho de los trabajadores. Luego, en el mismo acápite, se revisó el impacto generado por el trabajo digital frente a las estructuras clásicas del derecho del trabajo, identificando la disrupción que plantea en los conceptos mismos de empleador, trabajador, el entorno de la ejecución del trabajo, el horario, la jornada y la remuneración.

En el segundo capítulo, se pasa a explorar en qué medida el trabajo digital adopta rasgos de la subordinación clásica, punto fundamental, pues, independientemente de las formas, si la realidad de la relación jurídica demuestra que existe subordinación, habría un motivo de peso para ser regida por el derecho del trabajo. Así, se indaga en las nuevas formas de manifestación de la subordinación, determinada por algoritmos, inteligencia artificial o por una compleja estructura tecnológica que dirige el comportamiento del trabajador, considerando los elementos que, estructuralmente, podrían sugerir que el trabajo digital deba sujetarse al régimen general del derecho laboral; pero, también aquellas características que repelen esta sujeción plena, fundamentalmente, los marcados rasgos de