Proyecto de Ley N° 2260/2017-CR

PROYECTO DE LEY PARA REGULAR LAS RELACIONES LABORALES APLICABLES A LOS CONDUCTORES DE VEHÍCULOS QUE LABORAN PARA EMPRESAS DE TRANSPORTE PRIVADO QUE OPERAN POR INTERMEDIO DE PLATAFORMAS TECNOLOGICAS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
15 DIC 2017
RECIBIDO
Firma:..... Hora: 11:25am

Las y los Congresistas de la República que suscriben, a propuesta de las/e congresistas **Alberto Quintanilla Chacón**, **Richard Arce Cáceres, Mario Canzio Alvarez, Manuel Dammert Ego Aguirre, Marisa Glave Remy, Indira Huilca Flores, Edgar Ochoa Pezo, Tania Pariona Tarqui y Horacio Zeballos Patrón del Grupo Parlamentario Nuevo Perú,** en ejercicio del derecho a iniciativa en la formulación de leyes que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y los artículos 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, ponen a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de ley:

FORMULA LEGAL:

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

PROYECTO DE LEY
PARA REGULAR LAS RELACIONES LABORALES APLICABLES A LOS CONDUCTORES DE VEHÍCULOS QUE LABORAN PARA EMPRESAS DE TRANSPORTE PRIVADO QUE OPERAN POR INTERMEDIO DE PLATAFORMAS TECNOLOGICAS

TÌTULO ÙNICO

Articulo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto regular las relaciones laborales entre las empresas de transporte privado que operen por intermedio de plataformas informáticas y los conductores de vehículos privados que sean contratados por éstas con la finalidad de dar atención a las solicitudes de servicio de transporte de parte de sus usuarios.

Artículo 2.- Definiciones

Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

a. *Empresas de Transporte Privado*: Son las personas jurídicas que ofrecen a sus usuarios servicios de transporte por intermedio de una plataforma informática. Las empresas que operen como intermediarios entre los conductores y los usuarios, también serán consideras empresas de transporte privado siempre que cualquiera de las condiciones del servicio de transporte sean establecidas por éstas.

b. *Conductores*: Son las personas naturales que individualmente están a disposición de una o varias empresas de transporte privado y brindan atención a una solicitud de servicio de transporte conocida por medio de una plataforma informática.

c. *Plataformas informáticas*: Son sistemas de carácter informático a los cuales se accede por medio de un aplicativo móvil o una página web, los que permiten que los usuarios soliciten un servicio de transporte y que éste sea atendido por conductores de vehículos privados.

d. *Aplicación o aplicativo informático*: Constituye un tipo de programa informático diseñado para facilitar al usuario la realización de un determinado tipo de tarea. Las aplicaciones o aplicativos informáticos utilizan las plataformas en y para su ejecución.

e. *Usuarios/as*: Son personas naturales y/o jurídicas que acceden al servicio de transporte por medio de la plataforma informática de una empresa de transporte privado.

f. *Servicio de transporte:* Es la actividad consistente en el traslado físico, de ámbito urbano, de una o más personas, desde un lugar de origen hacia un lugar de destino señalado por el usuario, a cambio de una retribución económica.

Artículo 3.- Régimen Laboral

Los conductores a los que se refiere el artículo 2° de la presente Ley que cumplan cuanto menos una jornada mínima de 4 horas diarias ó de 20 horas semanales, se encuentran comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada, correspondiéndoles todos los derechos y beneficios en él establecidos, con las particularidades que determina la presente Ley.

Artículo 4.- Vínculo Laboral

Tanto los conductores como las empresa de transporte privado a los que se refiere esta Ley se encuentran vinculados mediante una relación intermitente de trabajo, de plazo indeterminado y de naturaleza discontinua, que se perfecciona mediante el registro de éstos como conductores de las respectivas empresas, mediante los procedimientos establecidos y publicitados digitalmente por éstas; o, en su defecto, desde que el conductor se encuentra hábil en la plataforma informática para prestar servicios de transporte.

Las empresas de transporte privado a que se refiere esta Ley están obligadas a enviar al correo electrónico de sus conductores, dentro de los tres días hábiles de su registro, un ejemplar del formato digital en el que conste su vinculación con dichas empresas.

El conductor deberá ser registrado en la Planilla Electrónica de la empresa dentro de las 72 horas de haberse iniciado la prestación de sus servicios.

El tiempo de servicio y los derechos sociales de los conductores contratados bajo esta modalidad, se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado.

Artículo 5.- Autoridad Administrativa de Trabajo

La Autoridad Administrativa de Trabajo es competente para el conocimiento y solución de conflictos, lo mismo que la implementación de los procedimientos de inspección de trabajo y otros aplicables a la labor de las y los conductores de las empresas de transporte privado ligadas a plataformas informáticas, de conformidad con la presente Ley y supletoriamente por la legislación laboral común del régimen de la actividad privada.

Articulo 6.- Horario de trabajo, jornada de trabajo, sobretiempo y jornada nocturna

Salvo pacto en contrario, las y los conductores a que se refiere esta Ley no tendrán un horario fijo de inicio, final e intervalos. Su jornada de trabajo se inicia en el momento en que aceptan la primera solicitud de transporte formulada por las o los usuarios de la aplicación o aplicativo informático correspondiente; y continuará hasta que el conductor deje de estar a disposición de la plataforma informática para la atención de solicitudes de servicios de transporte.

En razón de la naturaleza especial de las actividades de las empresas a que se refiere esta Ley, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos de ocho horas diarias o cuarentiocho horas semanales. Toda labor que supere dichos límites será remunerada extraordinariamente de acuerdo a ley.

Las y los conductores que laboren menos de cuatro horas diarias o 20 horas semanales no tendrán derecho a la Compensación por Tiempo de Servicios, protección contra el despido arbitrario y otros beneficios para cuya percepción se exige trabajar por lo menos 4 horas diarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR y normas conexas.

En materia de jornada de trabajo, sobretiempo y jornada nocturna, es aplicable a estos conductores lo previsto por el Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre Tiempo, modificado por la Ley Nº 27671 o norma que la sustituya.

Articulo 7.- Pago de remuneraciones y beneficios sociales

En concordancia con lo dispuesto en el artículo anterior, los derechos laborales de las y los conductores a los que se refiere esta Ley se calculan y abonan según el número de horas laboradas por éstos por jornada. Los pagos se efectúan semanalmente.

La participación de las y los conductores a que se refiere esta Ley en las utilidades de sus respectivas empresas se rige por la Ley de la materia.

Artículo 8.- Remuneración

La remuneración mínima de los conductores se regula de acuerdo a la legislación vigente y en función de las horas realmente laboradas. La remuneración en ningún modo puede comprender costos de combustible, mantenimiento de los vehículos de los conductores, pago de impuestos y otros conceptos que sean necesarios para la prestación del servicio, los cuales serán asumidos por el empleador.

Las empresas de transporte podrán reservarse el derecho a fijar las tarifas, así como los mecanismos de cobro por los servicios de transporte privado a sus clientes.

Cuando el conductor perciba un importe igual o mayor al 85% del valor de la tarifa cobrada al usuario por cada servicio, las empresas a quienes se refiere esta Ley podrán establecer el pago de una remuneración integral que comprenderá la remuneración, vacaciones, gratificaciones y demás beneficios sociales creados o por crearse aplicables al conductor, con excepción del pago de las utilidades anuales.

Artículo 9.- Vacaciones

El derecho de descanso vacacional se rige por la ley de la materia. Para acceder a este derecho los conductores deben cumplir los requisitos mínimos establecidos.

Artículo 10.- Calificación del Servicio

Los sistemas de calificación del servicio prestado por los conductores, puestos a disposición de los usuarios por parte de las Empresas de transporte a que se refiere esta Ley, deberán contener criterios objetivos y posibles de ser contrastados por la autoridad competente.

Artículo 11- Seguridad Social en Salud

Los conductores a que se refiere el artículo 2° de esta Ley son afiliados regulares para la aplicación de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, sus normas reglamentarias, complementarias o sustitutorias. Asimismo, las empresas de transporte privado aludidas en dicho artículo se encuentran obligadas a

contratar un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) para sus conductores.

Considerando la eventual pluralidad de empleadores de los conductores de empresas de transporte privado ligadas a plataformas informáticas y la naturaleza discontinua de los servicios que prestan, las prestaciones de salud y prestaciones económicas a que tienen derecho los trabajadores del régimen común de la actividad privada, les serán otorgadas sin exigirse el requisito de la continuidad laboral, a menos que hayan transcurrido más de tres meses sin prestar labor alguna para dichas empresas.

Artículo 12.- Régimen Previsional

Para efectos del Régimen de Pensiones a que tienen derecho, las y los conductores a que se refiere esta Ley tienen la calidad de asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) o del Régimen Privado de Pensiones, a su elección y en la forma establecida por la ley de la materia.

Artículo 13.- Derechos Colectivos

Los conductores de las empresas de transporte privado que operen por intermedio de plataformas informáticas, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Tienen, asimismo, el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, incluyendo su derecho a afiliarse a las organizaciones internacionales de su preferencia.

Los conductores a que se refiere esta Ley deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Esta protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo del conductor a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) Despedir al conductor o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

El ejercicio de los derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga de estos conductores se encuentra amparado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento y las normas internacionales sobre la materia ratificadas por el Perú.

Artículo 14.-Término de la relación laboral

La relación laboral de los conductores a los que se refiere esta Ley concluye sólo en los casos previstos en el Decreto Legislativo N° 003-97-TR, respecto a las causales de término de la relación laboral.

Artículo 15.- Normas de protección mínima

La presente Ley establece las normas mínimas para la contratación laboral de los conductores de vehículos privados a quienes se refiere su artículo 1°, pudiendo establecerse mayores beneficios en favor de éstos de manera unilateral por parte de las Empresas de Transporte, por costumbre, de manera bilateral por mutuo acuerdo de los conductores y sus empleadores, o de manera asociada vía la negociación colectiva.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- En un plazo que no excederá de treinta (30) días desde la publicación de la presente Ley, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) aprobará el Formato de uso semanal para la liquidación y pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales de las y los conductores amparados por la presente Ley.

SEGUNDA.- En todo lo no regulado por esta Ley es de aplicación el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 y normas conexas, así como el Texto Unico Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento. Derogase las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

TERCERA.- La presente Ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

ALBERTO QUINTANILLA CHACÓN
Directivo Portavoz
Grupo Parlamentario Nuevo Perú

EDGAR OCHOA PEZO

ALBERTO QUINTANILLA CHACON
Congresista de la República

HORACIO ZEBACCOS PATRÓN

HORACIO ANGEL PACORI MAMANI
Congresista de la República

MARIA QUIPE

TANIA PARIONA

MANUEL DAMMERT

Proyecto de Ley 2260/2017-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Lima, 20 de DICIEMBRE de 2017

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77 del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición Nro. 2260 a las Comisiones de Trabajo y Seguridad Social; Transportes y Comunicaciones.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICION DE MOTIVOS

La presente iniciativa legislativa ha sido impulsada por el Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos – Equidad y el colectivo "Taxistas con derechos", los cuales han realizado talleres de debate en las Facultades de Derecho de las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y la Universidad de San Martín de Porres (USMP), por lo que a continuación presentamos los fundamentos que sustentan el proyecto de Ley.

1. La nueva economía GIG y los desafíos que plantea al derecho del trabajo

La Revolución Tecnológica que implicó la "democratización" en el acceso y uso de la Internet durante las últimas décadas, ha generado importantes transformaciones en diversos ámbitos de la vida social. En el terreno de la economía, la introducción de la informática a los procesos de producción, comercialización, publicidad y consumo ha generado una intensificación de las dinámicas productivas y comerciales alentadas por la posibilidad de acotar las "distancias" geográficas y temporales. Estos procesos han dado lugar, a su vez, al surgimiento de una cantidad importante de actividades laborales "no tradicionales" que distan de la figura clásica del trabajador asalariado, característico de la economía moderna e industrial, dando lugar a nuevas ocupaciones que suponen un reto para la regulación laboral y su expresión jurídica en el Derecho del Trabajo.

Asentados principalmente en el sector servicios, los nuevos empleos, generados al amparo de las tecnologías de la comunicación, valiéndose de aplicaciones digitales, han generado una serie de conflictos (laborales, comerciales, etc.) a nivel global y local reportados en diversos estudios, despertando una preocupación razonable respecto del impacto económico y social de estas nuevas actividades. Su utilización intensiva en diversas ramas de los servicios tradicionales (como es el sistema de transporte público), abre una serie de interrogantes acerca de la naturaleza (laboral o civil) de los servicios brindados por operadores individuales, si bien sujetos al "control" que la organización propietaria del sistema digital, hasta cierto punto "autónomos" en la prestación del servicio.

La teoría sociológica y el derecho de trabajo vienen planteando algunas aproximaciones a la conceptualización de estas nuevas actividades laborales que se caracterizan por el rol clave que cumplen las tecnologías digitales de comunicación, en un contexto global de descentralización productiva, liberalización comercial y tercerización (outsourcing) de los procesos productivos o comerciales.

Los servicios de taxis privados o particulares generados a partir del uso de una aplicación digital, calzan dentro de lo que se ha venido a denominar la "economía GIG". Se denomina así a los empleos de corta duración o esporádicos, que se originan de manera –por lo general– informal, orientados a la realización de tareas específicas, que no demandan necesariamente de mayor tiempo o la presencia física del prestador

del servicio en un sitio particular, y –sobre todo– sin que, aducen especialmente sus promotores, estas tareas impliquen un vínculo laboral con derechos laborales y protección social. En España se ha llamado a este tipo de ocupaciones, de menor duración y exigencia, "minijobs".

Otras definiciones, como el anglicismo Crowdsourcing, palabra que conjuga las expresiones inglesas crowd (multitud) y outsourcing (recursos externos), hacen referencia a actividades que se basan en sistemas de colaboración abierta distribuida o externalización abierta de tareas.

En torno a estas modalidades de "mediación laboral", en las que se pretende la inexistencia de un vínculo contractual, se han planteado posiciones diversas y divergentes. La visión que pondera positivamente la economía GIG destaca la flexibilidad que posibilita al trabajador para disponer de sus tiempos, lo que constituye una ventaja en su competencia en nichos saturados por el trabajo "clásico" o tradicional. Al respecto, un conocido portal de noticias on line refiere que el "el atractivo del GIG o "trabajo contingente" es precisamente la variedad y la posibilidad de controlar sus tiempos, elegir los trabajos que más les interesan y de acuerdo a sus horarios. En lugar de ser un trabajador más en una gran empresa, trabajan con igualdad frente a sus clientes, lo que definitivamente es una ganga para los consumidores, ya que los mercados de iguales democratizan los servicios de lujo y permiten a los choferes, chefs y asistentes personales aficionados realizar trabajos ocasionales en una área dominada por profesionales a tiempo completo .

En la misma línea, se destaca que la economía GIG promueve mayores márgenes de libertad para quienes se valen de estas tecnologías para trabajar mediante el "autoempleo". Para John Bennett, columnista del diario La Prensa de Panamá, "uno de los elementos centrales de la naciente economía GIG es su capacidad de descentralización, al permitirle a la gente común la posibilidad de entrar en una producción de baja escala. Todo ello posibilitado por una disminución de costos, gracias a los avances tecnológicos" .

En ese sentido, uno de los elementos claves en la caracterización de esta modalidad de economía GIG, compuesta por las denominadas empresas denominada starp-up, reside en que éstas "desarrollan toda clase de actividades comerciales para la producción de bienes o servicios, que se canjean de forma directa entre oferentes y consumidores. Un excelente ejemplo es el del servicio de transporte Uber".

Sin embargo, existen también apreciaciones que cuestionan los supuestos beneficios que encuentran los promotores de este sistema de Crowdsourcing. Al no existir un vínculo laboral estable, los trabajadores empleados bajo esta modalidad carecen de acceso a los sistemas de protección social y laboral, manteniéndose en una suerte de limbo jurídico.

En ese sentido, como señala Saulo Galicia, "cuando las demandas, sistemas y dinámicas de los mercados de bienes y servicios varían, inevitablemente afectarán al mercado laboral". Esa realidad, que suena bastante obvia, pone constantemente en desafío la forma en la que concebimos las relaciones laborales. Para un gran sector de la doctrina, el típico binomio empleador – trabajador (capital – trabajo) quedó desfasado luego de la aparición de los fenómenos de descentralización productiva, generando un replanteamiento de la regulación laboral.
Se trata de un nuevo contexto en el que el desarrollo de la tecnología y, en concreto, de las plataformas digitales, conlleva el desafío de repensar varios de los pilares fundamentales del Derecho del Trabajo como lo son la subordinación, el poder de dirección del empleador y la dependencia económica.

2. La emergencia de un nuevo tipo de trabajo conformado por los conductores de empresas privadas de transporte ligadas a plataformas digitales

Como indica el mismo Galicia, una de las principales discusiones que surgieron a raíz del ascenso de este tipo de empresas "radica en determinar si sus conductores son trabajadores autónomos o subordinados. La consecuencia de optar por una de las dos alternativas es obvia: la aplicación directa del sistema de protección laboral".

En España y Estados Unidos, agrega, ya se observan pronunciamientos, principalmente en los Departamentos de Trabajo y la Inspección Laboral, en los que se señala que los conductores de empresas como Uber son sus trabajadores. Ello concuerda con quienes sostienen que, efectivamente, son subordinados a dicha empresa.

Para otros autores, dice, los conductores de este tipo de empresas "son trabajadores totalmente autónomos, dado que tienen una libertad absoluta para determinar la forma en la que prestan el servicio, así como cuándo y cada cuánto lo hacen.

Y concluye indicando que también están quienes consideran que estos conductores no son ni autónomos ni subordinados, sino que requieren de un nuevo tipo de categoría. Para ellos, la libertad en la que prestan el servicio impide considerarlos como subordinados a dichas empresas, pero la dependencia económica que se genera y la posibilidad de esta empresa de alterar las principales condiciones de la relación que mantienen impide que sean calificados como autónomos. Surge la categoría denominada independent worker o trabajadores independientes.

3. La naturaleza de la labor realizada por los conductores de empresas privadas de transporte ligadas a plataformas digitales a la luz de la protección del trabajo en el derecho internacional de los derechos humanos

Todas las personas tienen derecho a trabajar, lo que garantiza el derecho a ganar un sueldo digno en un ambiente de trabajo seguro, y la libertad de organizarse y negociar en forma colectiva.

El derecho al trabajo está contemplado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer ; la Convención sobre los Derechos del Niño ; o el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) . Instrumentos que incluyen, entre otros, el derecho al empleo; a organizarse y afiliarse a un sindicato; a una remuneración equitativa que asegure al trabajador(a) y su familia una existencia digna; a elegir libremente un trabajo; a la protección contra el desempleo; a condiciones de trabajo seguras y saludables; al descanso y al tiempo libre, y a vacaciones; a una limitación razonable de la cantidad de horas de trabajo con derecho a sueldo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, ha generado un amplio espectro de normas relacionadas con estos derechos a través de más de 180 convenciones y recomendaciones , ocho de las cuales son consideradas instrumentos fundamentales de derechos humanos e incluyen el derecho a igual salario por igual trabajo; a organizarse y negociar en forma colectiva; a no sufrir discriminación en el lugar de trabajo; a la abolición del trabajo infantil; y a la libre elección de un trabajo (prohibición del trabajo forzoso).

Así pues, todas las personas tienen derecho a trabajar y a recibir una remuneración justa que les asegure una existencia digna. Remuneración que debe posibilitar un nivel de vida adecuado para preservar la salud y el bienestar de uno mismo y su familia, incluyendo alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica; estar complementada, de ser necesario, por otros medios de protección social, incluyendo un seguro de salud u otros beneficios asociados al empleo, así como servicios públicos; e incluir una remuneración equitativa por horas extras, un pago rápido y la totalidad del salario; así como igual salario por igual trabajo.

El Derecho a Condiciones de Trabajo Equitativas y Satisfactorias forma igualmente parte del elenco de derechos humanos de las y los trabajadores. Conforme al mismo, todas las personas tienen derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que incluye el derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluyendo el acceso a agua potable; la protección contra riesgos relacionados con la salud y la seguridad; al descanso, el tiempo libre y la limitación razonable de las horas de trabajo, incluyendo horas de trabajo que aseguren suficiente descanso físico e intervalos regulares para compartir con la familia, suficientes períodos de descanso durante la jornada de trabajo, particularmente en casos de tareas que causan estrés físico o nervioso, y vacaciones periódicas pagadas, así como días feriados con derecho a sueldo; a no sufrir restricciones de movimiento o funciones corporales, incluyendo acceso a baños, posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas, etc.

y a no sufrir intimidaciones, incluyendo abuso verbal o de otra índole, o amenazas de los patrones.

Todas las personas tienen, además, el derecho a organizarse y negociar colectivamente, así como a formar y afiliarse a las organizaciones que prefieran sin interferencia de las autoridades públicas, lo que incluye el derecho a organizarse, afiliarse o crear organizaciones sin la interferencia o la autorización previa de las autoridades públicas o los empleadores; a formar y afiliarse a sindicatos; a la protección adecuada contra la discriminación, las sanciones o represalias respecto del empleo debido a la participación en un sindicato u otra organización; a declararse en huelga en la forma y modo previstos en las leyes del país respectivo; a funcionar como una organización o sindicato sin sufrir interferencias de las autoridades al redactar sus estatutos y documentos constitutivos, a elegir sus representantes, organizar sus actividades y formular su programa de acción con plena libertad; a formar organizaciones o sindicatos que no puedan ser disueltos o suspendidos por las autoridades; a medidas gubernamentales destinadas a desarrollar y utilizar mecanismos de negociación voluntarios entre organizaciones patronales y sindicales tendientes a la regulación de los términos y condiciones del empleo por medio de convenios colectivos.

Las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen, de idéntica manera, el derecho de todas las personas a ganarse la vida por medio de trabajos elegidos o aceptados libremente y a la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, incluyendo todo trabajo o servicio que una persona deba realizar bajo amenaza de castigo y que no haya aceptado voluntariamente. Con arreglo a ello, las autoridades están obligadas a eliminar la esclavitud y todas las formas similares de trabajo forzoso; establecer e imponer sanciones adecuadas, accesibles y de aplicación rigurosa para los casos de trabajo forzoso u obligatorio. Contexto en el que las condiciones de trabajo opresivas creadas por amenazas y por el temor a perder el empleo, incluyendo la obligación de trabajar más horas de lo adecuado, el abuso verbal permanente, la supervisión excesiva, la restricción de movimientos o el uso del teléfono y/o retretes, así como la imposibilidad de tener días de descanso, pueden ser consideradas condiciones de trabajo forzoso.

Estos derechos se basan en las siguientes convenciones de la OIT sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (Convención num. 87); sobre el derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (num. 98); sobre el Trabajo Forzoso, 1930 (num. 29); sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (num. 105); sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) (num. 111); sobre la Igualdad de Remuneración, 1951 (num. 100); sobre la Edad Mínima, 1973 (num. 138); y sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999 (num. 182).

4. Del trabajo objeto de protección por los derechos humanos como un Trabajo Decente

Al referirse al contenido normativo del derecho al Trabajo, en su Observación General Nº 18, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC) ha indicado que "El derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece "a cada persona" e "implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo". Según reza el artículo 6° del PIDESC, además, este trabajo "debe ser un trabajo digno"; y solo es digno un "trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana".

Para promover la vigencia de estos derechos, la OIT ha diseñado y puesto en marcha una política de promoción de la calidad en el empleo en el mundo bajo el lema de "trabajo decente". Objetivo global que ha sido definido como la promoción de oportunidades para las mujeres y los hombres a fin de que puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana.

En ese contexto, el trabajo decente demanda su asunción como un marco articulador del conjunto de las acciones de desarrollo económico y social , e implica incluir, de manera simultánea, el cumplimiento y aplicación de las normas, la promoción del empleo, la extensión de la protección social y el impulso del dialogo social.

El trabajo decente resume las aspiraciones de los individuos en lo que concierne a sus vidas laborales, e implica oportunidades de obtener un trabajo productivo con una remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas para el desarrollo personal y la integración social, libertad para que los individuos manifiesten sus preocupaciones, se organicen y participen en la toma de aquellas decisiones que afectan a sus vidas, así como la igualdad de oportunidades y de trato para mujeres y hombres.

5. Del marco constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que deben guiar la regulación del derecho al trabajo y las condiciones de empleo de las y los trabajadores.

El artículo 22° de la Constitución Política del Perú señala que el trabajo es un deber y un derecho y es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. En tal sentido, se reconoce al trabajo como un derecho fundamental que debe ser tutelado por Estado y exigido válidamente por toda persona como lo señala el artículo 1 de la norma suprema. Al referirse al derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional (TC) ha dicho que "el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la

satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa". (Exp. 00668-2012-AA FJ 3).

Recordando que, de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución "El trabajo es (...) base del bienestar social y un medio de realización de la persona", el Tribunal Constitucional, ha indicado que "(...) el trabajo representa un bien jurídico de relevancia constitucional, cuya protección debe ser resguardada por el legislador, adoptando las medidas adecuadas garantizar el acceso a un puesto de trabajo, así como los medios debidos para la conservación del mismo. Ambas aristas constituyen y forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo". (Exp. 10777-2006-AA FJ 5).

Asimismo, jurisprudencialmente ha advertido también que "(...) el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado". (...) En ese contexto, es evidentemente que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo es a través de la legislación laboral". (Exp. 00027-2006-AI FJ 58,59).

Al hacerlo, dicha legislación debe tener en cuenta - como también lo ha dicho el Tribunal Constitucional - que "el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagra el derecho [de toda persona] a la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, lo que solo puede ser logrado a través de una actividad que permita desarrollar todas las capacidades mentales y psíquicas innatas y para las que una persona está preparada. No cabe duda que dicha actividad es el trabajo y, por ello, el artículo 22° del citado texto Constitucional establece que el trabajo es un deber y un derecho que es base del bienestar social y medio de realización de la persona, significando que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26° de la Constitución Política del Perú) y sin que dicha relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (artículo 23° de la Constitución Política del Perú)'". (Exp. 06128-2005-AA FJ 9).

De otra parte, al legislar sobre los derechos vinculados al trabajador se debe igualmente tener presente, que el artículo 26° de la Constitución contiene una pluralidad de principios que incluyen, entre otros, el de la igualdad de oportunidades, que hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. Y como ha dicho el Tribunal Constitucional, este principio "plantea la plasmación de la isonomia en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. (...) Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades

de acceso al empleo. Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomia entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales). La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. (...) La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución. Miguel Rodríguez Pineiro y Mejía Fernández López [Igualdad y discriminación. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuando sus similitudes predominan sobre sus diferencias. La discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad". (Exp. 00008-2005-AI FJ 22,23).

En cuanto a la garantía del principio de continuidad laboral, propio de las relaciones laborales amparadas por dicha legislación laboral, el Tribunal Constitucional ha indicado que "En el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado. Por ello, este Tribunal, en la STC 1874-2002-AA/TC, preciso que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental. Y es que como resultado de ese carácter excepcional la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación laboral por tiempo indeterminado. En este sentido el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR opera como un límite a la contratación temporal, ya que solo los empleadores podrán contratar trabajadores con contratos de trabajo sujetos a modalidad "en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece", pues en caso contrario el contrato de trabajo será considerado de duración indeterminada". (Exp. 00807-2012-AA FJ de 5 a 7).

6. De los elementos esenciales del contrato de trabajo

Para categorizar el tipo de vínculo que relaciona a los conductores de empresas privadas de transporte ligadas a plataformas digitales es necesario revisar los elementos esenciales que definen la existencia de un contrato de trabajo. Respecto de estos elementos esenciales, el Tribunal Constitucional ha referido que "Toda relación

laboral se caracteriza por la existencia de tres elementos esenciales que la definen como tal: (i) prestación personal de servicios, (ii) subordinación y (iii) remuneración. En contraposición a ello, el contrato de locación de servicios es definido por el artículo 1764o del Código Civil como un acuerdo de voluntades por el cual "el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución", de lo que se sigue que el elemento esencial del contrato de locación de servicios es la independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios. De lo expuesto se aprecia que el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto al contrato de locación de servicios es la subordinación del trabajador a su empleador, lo cual le otorga a este ultimo la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo para el que se les contrata (ejercicio del poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario)". (Exp. 04840-2007-AA FJ 4,5).

En el plano legislativo, es necesario tener en cuenta que el artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR (en adelante "LPCL"), señala que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indefinido. Es decir, en el Perú existe una presunción iuris tantum sobre la existencia de un vínculo laboral a plazo indefinido y solo por excepción, sujeto al principio de causalidad, la existencia de un vínculo laboral a plazo determinado.

Del citado artículo se deduce, a su vez, que en toda relación laboral deben existir 3 elementos esenciales, y estos son los siguientes: La prestación de servicios, la subordinación y la remuneración. Para que se configure un vínculo de naturaleza laboral será necesario, en consecuencia, que estos elementos confluyan.

El Tribunal Constitucional ha precisado, a este respecto, "que la subordinación del trabajador respecto de su empleador supone que este último se encuentra facultado para dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores (poder de dirección), además tiene la facultad de ejercer una supervisión en la realización de las labores (poder de fiscalización); y la de imponer sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario). Conforme a lo expuesto, es posible que, en la práctica, el empleador pretenda encubrir una relación laboral bajo la celebración –o no celebración, como ocurre en el presente caso– de contratos civiles de locación de servicios. Ante dichas situaciones, este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha hecho uso del principio de primacía de la realidad, cuya aplicación tiene como consecuencia que "(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (STC N° 1944-2002-AA/TC; FJ 3)." (Exp. 07165-2006-AA FJ de 4 a 6).

Así pues, más allá de las apariencias con que pretenda revestirse el vínculo que relaciona a las empresas de transporte que operan por intermedio de plataformas tecnológicas y los conductores de vehículos privados que son contratados por éstas con la finalidad de dar atención a las solicitudes de servicio de transporte de parte de sus usuarios, es necesario, y a la vez imperativo – tal como está ordenado por el Tribunal Constitucional - analizar dicha relación a la luz del principio de primacía de la realidad. Como consecuencia de ello, en caso de que se produzca una discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de las apariencias, se deberá dar preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos.

La crucialidad de este examen es especialmente relevante porque, tal como se ha señalado una reciente sentencia de la justicia brasileña que se ha pronunciado sobre el carácter laboral de este vínculo, ello nos exige posicionarnos frente a la denominada "uberizacion" de las relaciones de trabajo. Un fenómeno que describe un nuevo patrón de organización del trabajo a partir del uso de la tecnología con el objeto de concretar la autonomización de los contratos de trabajo y la utilización de innovaciones disruptivas en las formas de producción. La sentencia agrega que es esencial percibir que, a lo largo de todo el proceso de evolución tecnológica del capitalismo, una ontología ha permanecido, que es la existencia de un modo de extracción del valor trabajo de la fuerza de trabajo. Es en ese contexto que debemos percibir el papel histórico del derecho del trabajo como un conjunto de normas constructoras de una mediación en el ámbito del capitalismo que tiene como objetivo construir una regulación del mercado de trabajo de forma de preservar unos niveles mínimos civilizatorios por medio de la aplicación de principios, derechos fundamentales y estructuras normativas enfocadas en mantener la dignidad del trabajador.

Para abordar la cuestión planteada de si existe o no una relación de trabajo entre dichos conductores y las empresas de transporte que operan por intermedio de plataformas tecnológicas, la sentencia propone – como un criterio que guía también los procesos laborales en el Perú - que el examen de la existencia de una relación de trabajo esté guiado por el principio de Primacía de la Realidad sobre la forma, de modo que el análisis de la eventual existencia de un vínculo de empleo entre el demandado y sus conductores pase, en principio, por la apreciación de la presencia o ausencia de los elementos fácticos de una relación de trabajo. Esos elementos son: que se trate de una persona física, el carácter personal de la prestación, la no eventualidad, la onerosidad y, por fin, la subordinación.

En dicho proceso, el demandante alegaba haber sido despedido en forma unilateral y abusiva, sin recibir los beneficios sociales correspondientes. La empresa demandada (UBER), por su parte, adujo que ella no proveía servicios de transporte sino una plataforma tecnológica que permite a los usuarios de los aplicativos solicitar, junto a otros conductores (en Brasil llamados "motoristas") independientes, transporte individual privado. La empresa dijo, además, que no era ella quien contrato al demandante, sino que éste el que la contrato para que le proveyera un servicio de captación de clientes. Y agregó que no hubo nunca un vínculo personal entre ambas

partes, ya que el usuario podría ser atendido por cualquiera de los conductores disponibles en la plataforma; que no hubo habitualidad en la relación mantenida entre las partes porque no existían días u horarios obligatorios para la realización de las actividades de éste; y que el reclamante no recibía una remuneración de la empresa, sino que era él quien le pagaba a ésta por el uso del aplicativo.

En lo que sigue examinaremos estos argumentos y los contrastaremos con la realidad.

6.1 Sobre la prestación personal de servicios

Según la pionera investigación llevada a cabo por Galicia, "en el Perú, no se ha realizado un estudio sobre las características de las personas que emplean Uber u otras plataformas digitales de transporte. Para el caso de Estados Unidos, Jonathan Hall y Alan Krueger sí han hecho un primer análisis, en función a encuestas y grupos focales. De acuerdo a estos dos autores, por ejemplo, habría tres tipos de trabajadores o prestadores en Uber: (i) quienes tienen un empleo formal casi a tiempo completo y usan Uber eventualmente para ganar ingresos extras, (ii) aquellos que tienen un trabajo a tiempo parcial y usan Uber de forma más recurrente que el grupo anterior; y, (iii) los que se dedican casi a tiempo exclusivo a trabajar mediante Uber.

Si tuviéramos que traducir estos hallazgos en la lógica laboral tradicional, dice Galicia, el grupo (i) se conformaría por trabajadores independientes económicamente, el grupo (ii) por trabajadores cuasi-independientes, mientras que el grupo (iii) sí sería dependiente económicamente de Uber. En el mismo estudio se destaca que una de las principales razones para el grupo (i) y (ii) y varios del grupo (iii) de usar Uber es la flexibilidad que esta plataforma otorga para poder trabajar.

Con respecto a la forma de prestar el servicio, dice el estudio, los conductores de Uber pueden escoger las carreras que deseen y rechazar aquellas que no les resulten convenientes. También tienen la libertad para escoger cuándo estar en circulación y cuándo apagar la aplicación de Uber. Esto ha sido denominado por un sector de la doctrina como una libertad de jornada y horario de trabajo.

Sobre dicha libertad, Adrián Todolí-Signes ha advertido, por su parte, que Uber se reserva el derecho de "investigar" a los conductores que no hayan aceptado viajes durante un tiempo considerable o hayan tenido apagada la aplicación durante varios días. La tarifa del servicio brindado por los conductores – por último - es establecida previamente por Uber y responde a variables de distancia y tiempo (calculando las horas donde hay más tráfico). Estas tarifas no pueden ser alteradas ni por los usuarios ni por los conductores. Estos últimos están prohibidos de recibir propinas o montos adicionales a la tarifa establecida. Asimismo, Uber cobra entre 10 y 20% de la tarifa por cada viaje realizado.

En relación con el carácter personalísimo de la relación, la sentencia dictada en Brasil refiere que la obligación de los conductores de presentar a la empresa documentos

exigidos por éstas, rendir test sicológicos y someterse al análisis de sus antecedentes indica que se trataba de una selección minuciosa de quien puede o no integrar la condición de conductor de la empresa. Se constata así la existencia de una relación intuito persona de la relación jurídica existente entre las partes, que se confirma por el hecho de que no le está permitido al conductor ceder su cuenta del aplicativo a otra persona no registrada y previamente autorizada para realizar los viajes contratados.

El automóvil registrado por cada conductor en su cuenta, dice, es apenas una herramienta de trabajo que, por su propia naturaleza, no tiene relación alguna de dependencia con los elementos fáctico-jurídicos del vínculo de empleo. Tanto es así, que la empresa solo permite que cada conductor ceda el uso del vehículo a otros conductores previamente registrados en su sistema. Esto significa que mantiene un vínculo personalísimo con cada conductor que utiliza su plataforma, con independencia de que sea o no propietario del vehículo conducido. No se debe confundirse, además, la personalidad determinante de la relación entre el conductor y UBER con la impersonalidad de la relación entre el conductor y el usuario.

6.2 Sobre la remuneración

De acuerdo con el artículo 1° del Convenio de la OIT N° 95 (1949) sobre la protección del salario, el salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Nuestra Constitución Política en su artículo 24° dispone, por su parte, que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Desarrollando el contenido de este artículo, el artículo 6° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL-Ley de Productividad y Competitividad Laboral), constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquier sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición.

Asimismo, en oposición, el artículo 7° de la LPCL señala que no constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19° y 20° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR.

Según Jorge Toyama, la remuneración es todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados, sea en dinero o en especie, incluyéndose aquellos conceptos que se perciben con ocasión del trabajo. Asimismo, la remuneración comprende los conceptos que representan una ventaja, ahorro o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sea en bienes o servicios- sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega ni tampoco la denominación que se le atribuya. Y

según Mónica Pizarro la remuneración es toda ventaja patrimonial otorgada como contraprestación conmutativa con rasgos aleatorios.

El artículo 6° de la LPCL indica que la remuneración se conforma solo por las percepciones económicas que retribuyen la prestación de trabajo, de modo que las percepciones no relacionadas quedarían excluidas del concepto. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia recaída en el expediente N° 4922-2007-PA/TC (Fundamento Jurídico 6) que "la remuneración, en tanto derecho fundamentales, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio derecho a la igualdad y dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencia o efectos para el desarrollo integral de la persona humana."

Así, según el TC, el derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, "constituye una contraprestación por los servicios del trabajador, es de libre disposición, tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador".

En ese contexto, como dijo la sentencia de Brasil ya comentada, la afirmación de UBER en el proceso que se le siguió en dicho país acerca de que eran los conductores, en su condición de contratantes, quienes la remuneraban por la utilización de su plataforma digital no se sostiene a la luz del principio de primacía de la realidad sobre la forma.

Primero, porque como se acredito en dicho proceso, y se constata en nuestro país, tanto en relación con dicha empresa cuanto en empresas similares (Easy Taxi, Taxi Beat Cabify, etc.), son éstas quienes conducen en forma exclusiva toda la política de pago por los servicios prestados, sea en relación con el precio cobrado por kilometraje rodado en el viaje o por el tiempo transcurrido, así como respecto de las formas de pago o las promociones y descuentos ofrecidos a los usuarios.

En segundo lugar, porque son ellas no solamente quienes remuneran a los conductores por el transporte realizado, sino que además les ofrecen premios cuando éstos alcanzan condiciones previamente estipuladas por las empresas. Y si lo anterior no fuera suficiente, los pagos efectuados por los usuarios son hechos a estas mismas empresas, que descuentan su porcentaje y retienen el saldo restante, que es luego transferido a los conductores solamente al final de cada semana.

Esto demuestra que, como se sostuvo en dicha sentencia, estas empresas no son solo un intermediario de los negocios entre pasajeros y conductores, sino que, por el contrario, reciben un pago directamente por cada servicio realizado y, posteriormente, pagan al trabajador (conductor o chofer en Perú y motorista en Brasil) una retribución por el servicio prestado. Así, la prestación del servicio de transporte efectuada por

estos conductores se constituye en una relación onerosa, en la que el conductor activa una expectativa de contraprestación de índole económica (onerosidad subjetiva) y el trabajo desenvuelto es debidamente remunerado por la empresa (onerosidad objetiva).

6.3 Sobre la habitualidad de la prestación

Los conductores o choferes implicados brindan a estas empresas una prestación de servicios cuya duración es transitoria y está condicionada a la existencia del motivo de la contratación, que no es otro que transportar a los pasajeros que lo solicitan a través del aplicativo de la empresa, atendiendo así una demanda intermitente de servicios de transporte, demostrándose con ello que los conductores están en actividad de forma sistémica.

Son dichas empresas quienes definen el precio a ser cobrado; y son ellas mismas quienes, al integrarlos a su plataforma digital, escogen unilateralmente a los conductores responsables y, al mismo tiempo, los vehículos que serán utilizados, siendo por consiguiente, ellas las proveedoras de los servicios de transporte demandados por los usuarios de las correspondientes plataformas digitales.

Como fue indicado en la sentencia de Brasil, no es accesorio registrar el hecho de que estas empresas perciban una cuantía porcentual del precio de cada viaje, ya que si se tratara – como afirman – solo y exclusivamente de empresas de tecnología, lo natural sería la cobranza de una cantidad fija por la utilización del aplicativo, dejando a los conductores un bono por la captación de clientes. Y eso no es lo que ocurre en la realidad.

6.4Sobre la subordinación o dependencia

El tratadista Wilfredo Sanguinetti expresa que la subordinación es el vínculo jurídico del cual se deriva un derecho y una obligación. El derecho del acreedor de la energía de trabajo de dictar al deudor las instrucciones u órdenes que estime conveniente para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad de quien trabaja (poder de dirección); y la obligación de éste último de acatar esas disposiciones en la prestación de su actividad (obediencia), los cuales constituyen unidades indesligables.

En nuestro ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia expedida en el Expediente N° 01846-2005-PA/TC ha establecido que "el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto del empleador, lo cual le otorga a éste último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario). En este sentido, el artículo 9 de la LPCL señala que por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo

dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. La facultad (en cabeza del empleador) de dirigir la actividad del trabajador se llama poder de dirección, de esta manera, la subordinación y el poder de dirección son don dos expresiones de un mismo fenómeno. Ahora bien, este fenómeno tiene varias manifestaciones, siendo las principales: Dirigir (dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas), Fiscalizar (verificar si el trabajador está cumpliendo las órdenes dadas) y sancionar (imponer sanciones disciplinarias, dentro de los límites de la razonabilidad, si el trabajador incurre en cualquier infracción o incumplimiento de sus obligaciones) .

En el caso que nos ocupa, dada la naturaleza del servicio que brindan, los conductores de estas empresas no cuentan con un supervisor físico, y tampoco es que éstas pretendan imponer uno propio de la empresa en el sentido clásico del término. Lo que sí se observa es que los usuarios o clientes de estas empresas cuentan con herramientas para fiscalizar a los conductores. Mediante la misma aplicación a través de la cual contratan el servicio de transporte requerido, los usuarios califican entre 1 y 5 puntos a los conductores, dependiendo de cómo consideren que haya sido brindado el servicio.

Inclusive, el empoderamiento de los clientes va más allá del sistema de calificación. Son conocidos los casos en los que se presentan quejas de forma directa a las empresas mediante las redes sociales o por teléfono. Si es que una queja tiene una recepción fuerte, no es inusual que éstas tomen acciones directamente, pudiendo cancelar la afiliación del conductor a su sistema o plataforma.

Cabe indicar, además, que respecto al manejo de la información que estas empresas almacenan, la misma es exclusivamente manejada por ellas. Con ello nos referimos a los datos obtenidos de los usuarios, los recorridos que se realizan, los lugares y horas en los que hay más gente que requiere del servicio y demás información que se recolecta mediante la aplicación y algoritmos de los aplicativos respectivos.

De acuerdo con Jorge Pérez, investigador de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, citado por Galicia, ello genera que estas empresas puedan, al final, controlar o alterar las condiciones de los conductores, dado el monopolio de información que tienen. Esta situación provoca una relación asimétrica entre tales empresas y los conductores.

La legislación laboral peruana establece que "por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador"; y define el poder de dirección como la facultad de (i) dictar las órdenes necesarias para la ejecución del servicio (ii) fiscalizar la labor y (iii) sancionar las conductas del trabajador, dentro del límite de la razonabilidad.

Constatada una o varias de las manifestaciones del poder de dirección, podremos afirmar que estamos frente a una relación subordinada y, por tanto, laboral. Sin embargo, hay casos en los que esta tarea se complejiza debido a la dificultad para notar alguna manifestación. En esos casos, se recurre al empleo de los rasgos típicos del contrato de trabajo.

Los conductores de las empresas privadas de transporte ligadas a plataformas digitales están subordinados a órdenes sobre el modo de desenvolver la prestación de sus servicios y sujetos a controles continuos. Además de eso, están sujetos a sanciones disciplinarias en caso de que incurriesen en comportamientos que las empresas juzgasen inadecuados o practicasen infracciones a las reglas estipuladas por éstas.

Las empresas mencionadas imponen a su personal (los conductores) un entrenamiento, en el que usualmente reciben orientaciones sobre cómo tratar a sus clientes, como abrirles la puerta, si deben darles agua dentro del auto, la instrucción de mantener sus autos limpios y a los conductores bien presentados, etc.

Tales empresas ejercen su poder disciplinario, además, de manera regular a través de numerosos reglamentos que, en caso de ser desatendidos, pueden ocasionar al conductor, inclusive, la pérdida del aplicativo. Así, como indicó la sentencia de Brasil tantas veces citada, toda la narrativa de que los conductores tienen flexibilidad e independencia para utilizar el aplicativo, organizar sus horarios y prestar sus servicios cuando quisieran sobrevive apenas en el campo del marketing. El hecho de que, aunque formalmente no sean obligatorias, los conductores de estas empresas tengan que respetar las normas de conducta que le son referidas por éstas, y que de esta sujeción dependan las buenas evaluaciones por parte de los clientes-pasajeros, y que – a su vez - de ello se desprenda su permanencia o no como conductores de tales empresas con autorización para acceder a la plataforma, desmonta la idea de que ellas constituyen apenas unas empresas que operan como una plataforma de mediación entre los conductores y sus clientes. Si así fuese, dijo ésta, una vez pagado el uso del aplicativo, no habría ninguna posibilidad de que se desvinculara a los conductores de su uso.

7. El deber del Estado de garantizar el derecho al trabajo y condiciones justas y satisfactorias de trabajo.

En lo que refiere a las obligaciones jurídicas de carácter general relacionadas con el derecho al trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido que la principal obligación de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) "es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo. Los Estados Partes deben por lo tanto adoptar, tan rápidamente como sea posible, medidas dirigidas a lograr el pleno empleo. Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva de los derechos en él anunciados y reconoce los obstáculos que representan los

limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas en relación con el derecho al trabajo, como la obligación de "garantizar" que ese derecho sea ejercido "sin discriminación alguna" (párrafo 2 del artículo 2) y la de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6. Dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo".

Ha dicho, además, que "Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar. La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización".

Con el fin de facilitar el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, ha dicho el CDESC en su Observación General N 23, "los Estados partes deberían adoptar medidas positivas para ayudar a los trabajadores concediendo un reconocimiento suficiente a este derecho mediante leyes, políticas y reglamentos, por ejemplo en materia de no discriminación, salario mínimo inderogable, seguridad y salud en el trabajo, cobertura del seguro obligatorio, normas mínimas relativas al descanso, el disfrute del tiempo libre, las limitaciones de las horas de trabajo, las vacaciones anuales pagadas y otras licencias, y los días festivos oficiales."

Ha indicado, además, que "Los Estados partes tienen la obligación básica de garantizar la satisfacción de, cuando menos, los niveles esenciales mínimos del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Concretamente, ello requiere que los Estados partes: a) Garanticen mediante ley el ejercicio de este derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad, edad, orientación sexual, identidad de género, intersexualidad, estado de salud, nacionalidad o cualquier otra condición (...)".

La presente propuesta legislativa desarrolla estas obligaciones en cuanto concierne a los conductores de vehículos privados que son contratados por empresas de transporte que operan por intermedio de plataformas tecnológicas.

EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley crea tiene como propósito regular las relaciones laborales entre las empresas de transporte privado que operen por intermedio de plataformas informáticas y los conductores de vehículos privados que sean contratados por éstas con la finalidad de dar atención a las solicitudes de servicio de transporte de parte de sus usuarios; en ese sentido, regulariza una situación laboral en el ordenamiento jurídico.

CONCORDANCIA CON EL ACUERDO NACIONAL

El Acuerdo Nacional, en el segundo gran objetivo (equidad y justicia social), relacionado a la Décimo Catorce Política de Estado sobre el acceso al empleo, digno y productivo inciso (b), indica que el Estado contará con normas que promuevan la formalización del empleo digno a través del diálogo social directo.

En el marco de dicha política establecida en el Acuerdo Nacional, la presente iniciativa legislativa apunta a establecer un empleo digno y de calidad a las personas que laboran en los conductores de vehículos privados que sean contratados por las empresas de transporte privado que operen por intermedio de plataformas informáticas.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

El presente proyecto por su naturaleza y alcances no genera costo adicional alguno para el erario nacional.

Todo lo contrario, será un beneficio de la norma coadyuvar a la protección del derecho al trabajo establecido en el artículo 22ª y 23ª de la Constitución Política donde establece el trabajo es un deber y un derecho y que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador .