

Carta N° 94-2019/GG/COMEXPERU

054957 Miraflores, 06 de mayo de 2019

Señor
ZACARÍAS LAPA INGA
Presidente
Comisión de Trabajo y Seguridad Social
Congreso de la República
Presente.-



Ref.: Proyecto de Ley N° 4243/2018-CR

Es grato saludarlo y dirigirnos a usted para hacer de su conocimiento la posición de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú sobre el proyecto de ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), que propone regular la labor de los trabajadores por plataforma digital, y establecer un vínculo laboral entre estos.

Al respecto, manifestamos nuestra más profunda preocupación sobre los efectos que acarrearía una eventual aprobación del Proyecto sobre el desarrollo y desempeño del país, particularmente, al poner en riesgo uno de los sectores económicos en pleno auge a nivel global, el sector de la economía colaborativa, reconocido por instituciones internacionales¹ como un catalizador del crecimiento. Hoy, las plataformas o aplicaciones digitales crean mercados que facilitan las transacciones entre oferentes y demandantes de bienes y servicios, que frecuentemente son individuos o entidades pequeñas. Si bien el Proyecto busca otorgar protección a aquellos que prestan servicios en el marco de estas transacciones, su implementación tendría el efecto opuesto. Al igual que el caso del Proyecto de Ley N° 4144/2018-CR, queremos, además, llamar su atención sobre la falta de un riguroso análisis de las propuestas y los cambios que la iniciativa legislativa busca implementar, precisamente por una ausencia de un riguroso análisis de impacto regulatorio.

Sobre el particular, ComexPerú presenta las siguientes consideraciones:

1. El Proyecto tiene como objetivo regular y establecer un vínculo laboral entre los “trabajadores” que ofrecen sus servicios a través de plataformas digitales, de manera específica, aquellos que realizan actividades de reparto y transporte, y la empresa que administra la plataforma digital. De esta forma, dispone una regulación de dicha relación bajo criterios del régimen laboral de la actividad privada.

Así, establece que dichos servicios podrán ofrecerse previa celebración de un contrato laboral entre la plataforma digital y las personas que ofrecen sus servicios a través de estas, que deberá constar por escrito ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), y en el que regirían las normas vigentes en materia laboral, y cuyo carácter además confiere como a plazo



¹ BID (2017). Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18235/0000707>

indefinido. Al respecto, establece que la desvinculación o “terminación del contrato de trabajo” corresponde a una figura de “despido”, que deberá realizarse con un plazo previo de treinta días, y que estaría sujeto, entre otros, a conceptos como Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y una indemnización, de ser el caso.

Por otro lado, el Proyecto confiere la potestad de escoger los horarios de trabajo a las personas que brindan los servicios a través de las plataformas; no obstante, establece límites a la cantidad de horas que se pueden ofrecer. Asimismo, establece que el ingreso percibido por dichas actividades no deberá ser menor a la Remuneración Mínima (RM) vigente, la misma que deberá ser consignada por la plataforma digital, quien, además, será la responsable de la inscripción y cotización del “trabajador” en los sistemas de pensión y salud.

Tal como se observa en la fórmula legal del Proyecto, este parte de la premisa que las nuevas formas de trabajo enmarcadas en la economía digital, que surgen con los avances de la tecnología, conllevan el desarrollo de relaciones de carácter laboral, que, por el contrario, se evidencian en esquemas más acordes con los modelos de negocio de la economía industrial.

Así, el Proyecto establece de manera errada que las plataformas digitales son empresas empleadoras que brindan servicios a través de una infraestructura digital, y que, por medio de algoritmos, administran y controlan la prestación de dichos servicios que pondrían a disposición del público a través de los que considera sus “trabajadores”. Así, el Proyecto, los subordina de manera artificial a los medios por los cuales estos prestan sus servicios, es decir, las plataformas digitales. Sin ningún sustento técnico ni legal de por medio, establece un vínculo laboral de dependencia entre ambos, cuando debiera observar múltiples aspectos, algunos de los cuales incluso recomienda la Organización Internacional de Trabajo (OIT)²; que, por la naturaleza de estas nuevas modalidades de trabajo, son difíciles de identificar; más un, tipificar.

No obstante lo anterior, si bien la regulación laboral vigente no dispone de una normativa específica para los “trabajadores” de la economía digital, sí contempla principios jurídicos que son la base de todo ordenamiento jurídico, especialmente en materia laboral. Particularmente, el principio de Primacía de la realidad ha sido uno de los ejes rectores para los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC)³ respecto a la determinación de la existencia de una relación laboral de dependencia, que el Proyecto no observa, y que constituye la forma que permitiría tener una mayor claridad respecto de la condición de los trabajadores por plataforma digital.

Particularmente, a la luz del referido principio, para determinar si existe una relación de trabajo entre las partes, es decir, entre quienes brindan el servicio (repartidores y conductores) y las

² OIT (2006). R198, Recomendación sobre la relación de trabajo. Disponible en: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/recomendacionsobrelarelaciondetabajonum198.pdf>

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, **indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo**. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y **bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.** (...) (Resaltado nuestro)

³ Expediente N.º 1944-2002-AAJ. Fundamento 3.



plataformas digitales, se debe verificar el cumplimiento de los elementos propios de una relación laboral, esto es, la prestación de servicios en forma personal, remuneración y subordinación. Así, de un análisis general podemos determinar que, si bien el “trabajador” presta un servicio, este se da en favor del consumidor final (quien compra el producto o paga por el servicio ofrecido a través de la plataforma digital) y del establecimiento que provee el producto o servicio a través de la plataforma, más no a favor de la plataforma digital en sí. Asimismo, la compensación que este recibe no proviene de la plataforma, sino, mas bien, es este quien, junto con el cliente final, pagan por el uso de la infraestructura digital y los servicios conexos a ella (como bases de clientes, publicidad, plataforma de pagos, seguros, entre otros), dispuestos por la plataformas digitales, de ahí que estas retengan un porcentaje de lo que el cliente final paga por el servicio que le ofrece el “trabajador”. De este modo, se verifica que no existe una “retribución” como se entiende en las relaciones laborales tradicionales, propias de una economía industrial.

Asimismo, en la generalidad de los casos, en estas prestaciones de servicios se observa que no existe un elemento de subordinación expresado, por ejemplo, en el cumplimiento de horarios de trabajo, exigencias de metas o zonas (geográficas) a cubrir, así como tampoco medidas disciplinarias, control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta, ni la provisión de herramientas o materiales para la prestación del servicio, o términos de exclusividad para el uso de una única plataforma. Por el contrario, en la práctica, los trabajadores escogen la cantidad de plataformas que deseen usar, así como las horas o rango horario y zonas de reparto, según su conveniencia y disponibilidad, elementos de análisis que el Proyecto deja de lado. Estas características de flexibilidad han permitido que dichos “trabajadores” encuentren en estas plataformas fuentes de ingreso a su medida, sin que ello suponga la supeditación a trabajos con exigencias y estándares de cumplimiento mayores, que acarrearían otras responsabilidades.

Por tanto, los elementos y características del servicio que prestan los usuarios de las plataformas no constituyen ni establecen una relación laboral de dependencia, y, en consecuencia, tampoco, una clasificación como “trabajadores”.

2. La definición de plataforma digital que propone el Proyecto es incorrecta, al ser esta un medio a través del cual se conecta a quienes demandan y ofrecen un determinado servicio. Más aun, al establecer el uso de algoritmos como una pieza clave para establecer el ámbito de aplicación de las disposiciones del Proyecto, podría incluir a plataformas que permiten la interacción entre distintos usuarios sin que estos se relacionen dentro la dinámica de la economía digital a través de aplicaciones o plataformas digitales, particularmente, ofrecer y demandar servicios con transacciones monetarias.
3. La iniciativa legislativa señala que existen vacíos normativos respecto de las nuevas formas de empleo que deben regularse, lo que pone en evidencia la falta de un análisis pormenorizado de impacto regulatorio (RIA, por sus siglas en inglés). Como producto de lo anterior, el Proyecto no establece cuál es su objetivo, si consiste en regular las nuevas formas de trabajo que genera la revolución tecnológica⁴, o si pretende otorgar una protección a los que considera “trabajadores” que usan las plataformas digitales para ofrecer sus servicios⁵.

El Proyecto deja de lado criterios esenciales de análisis regulatorio como necesidad, proporcionalidad y mínima intervención para lograr normas y regulaciones eficientes, es decir, que

⁴ Proyecto de Ley N°. 4243, pág. 8.

⁵ Proyecto de Ley N°. 4243, pág. 9.



cumplan con los objetivos trazados al menor costo posible y con efectos negativos mínimos. Por el contrario, el Proyecto carece incluso de una precisa determinación del problema que busca resolver, así como tampoco ofrece evidencia empírica de su naturaleza y sus causas, que devienen en proponer soluciones que no necesariamente son las más adecuadas. Así, por ejemplo, establece que la solución a eventuales problemas de “desprotección” sería regular estableciendo un vínculo laboral entre las plataformas y una parte de quienes acceden a ellas (quienes ofrecen sus servicios)⁶. Otra grave omisión, dentro de una correcta implementación de un RIA, es la referida a la RM y la jornada laboral pasiva a las que se refiere el artículo 9 de la propuesta legislativa. Bajo este esquema, usuarios que ofrezcan sus servicios en más de una plataforma podrían percibir más de una RM, escenario que no prevé la iniciativa, y que evidencia, una vez más, una grave falencia de un análisis pormenorizado de los criterios que busca establecer.

Así, tal como se encuentra planteado, una eventual aprobación del Proyecto impondría altas barreras de acceso a la economía digital y restaría incentivos a la innovación de *start-ups* peruanas que han venido ganando un mayor espacio en el mercado peruano, como Chazki, Urbaner, Bertha, Helpers y otros emprendimientos peruanos soportados en plataformas digitales. De hecho, según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Brasil, México, Argentina y Perú concentran el 69% de las iniciativas del sector colaborativo en la región, aún pequeñas y poco desarrolladas en los últimos cinco años. Cabe señalar que esta modalidad de negocio, al digitalizar las operaciones, promueve la reducción de la informalidad en cada uno de los sectores en los que se desarrolla y constituye una herramienta importante para reducir la desigualdad.

Contrariamente, observamos que el Proyecto equipara los esquemas recientes de desarrollos a través de la economía digital con aquellos propios de la economía industrial, e impone una regulación en el marco de esta última, yendo en contra de la tendencia internacional que reconoce y busca intervenciones basadas en evidencia y con entendimiento de estos nuevos modelos de negocio y trabajo que vienen surgiendo. Al respecto, el Banco Mundial (BM) reconoce que las economías se encuentran en medio de un cambio tecnológico que trae consigo cambios en la naturaleza del trabajo y grandes desafíos para los modelos tradicionales de producción⁷.

Según el BM, la economía digital viene borrando los límites de las fronteras de las empresas e insertando nuevos esquemas de negocios, como los mercados a través de plataformas digitales, que tienen el enorme potencial de llegar a cada vez más personas. Más aún, señala que cuando la regulación laboral es muy rígida, termina por excluir a muchos trabajadores, especialmente jóvenes y trabajadores con pocas capacidades. Por tanto, en este contexto, es importante señalar que la adopción de tecnologías productivas estaría asociada negativamente con una regulación laboral estricta, pensada para otros esquemas. Disposiciones del Proyecto como las referidas a las responsabilidades que asume la plataforma ante la presentación del servicio, resultan cargas y barreras que podrían determinar su salida del mercado.

4. Advertimos que el principal sustento del Proyecto es un artículo de opinión⁸. Creemos, por tanto, que el Proyecto se encuentra sesgado contra la dinámica de los mercados de las plataformas digitales, al no contar con mayor información relevante sobre la materia que pretende regular. Por

⁶ Proyecto de Ley N°. 4243, pág. 9.

⁷ Banco Mundial (2018). Informe sobre el desarrollo mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo. Disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/636921541603308555/pdf/WDR2019-Overview-Spanish.pdf>

⁸ Otra Mirada (2019). La mochila pesada de los “trabajadores” por aplicación. Disponible en <http://www.otramirada.pe/la-mochila-pesada-de-los-%E2%80%99trabajadores%E2%80%9D-por-aplicaci%C3%B3n>



ejemplo, un aspecto recurrente en la exposición de motivos es el referido a la protección y seguridad de los trabajadores, incluidos aquellos referidos a la protección social, incluso cita resoluciones del Indecopi que abordan otros aspectos de la dinámica de la economía digital. No obstante, ignora que algunas aplicaciones a las que el proyecto busca regular cuentan con seguros para los colaboradores que ofrecen sus servicios a través de estas, lo que evidencia, una vez más, un incorrecto diseño de las normas que pretenden implementarse, y que, por el contrario, tendrían un efecto negativo para quienes busca proteger.

De este modo, al introducir disposiciones y normas de las relaciones laborales tradicionales, la plataforma podría imponer exclusividad, esquemas de fiscalización y un modelo más rígido para estos trabajadores, que incluso podría conllevar a reducir el número de personas que se necesitaría para atender la demanda de los usuarios finales. Sobre este punto, es importante señalar que el creciente número de trabajadores por plataforma obedece, entre otros, a la flexibilidad de condiciones que la plataforma pone a disposición para que estos ofrezcan sus servicios a los usuarios finales, según su disponibilidad y preferencias.

5. La iniciativa legislativa dispone una regulación laboral basada en el uso de un instrumento tecnológico, sin embargo, según los principios regulatorios vigentes en materia digital, se regulan conductas y no tecnologías, que hoy pueden abordarse desde la vía civil. Por ejemplo, el Proyecto establece que las plataformas digitales asumen la responsabilidad de los servicios prestados a través de estas, sin tener en cuenta que la responsabilidad de intermediarios y de usuarios ya han sido abordados en distintos pronunciamientos del Indecopi, yendo incluso en contra de algunos criterios establecidos por esta última institución en dichos pronunciamientos⁹.
6. El Proyecto mantiene un enfoque gravoso que impondría barreras al desarrollo, crecimiento y modernización de la economía digital del país. Contrariamente, algunas economías, como China y la Unión Europea (UE), vienen revisando su regulación buscando entender el fenómeno de la economía digital para aplicar normas más adecuadas. Un claro ejemplo es la comunicación de la UE "Agenda Europea para la economía colaborativa"¹⁰, en la que se aborda la existencia de relaciones laborales en la economía compartida, y en la que, al igual que el ordenamiento jurídico peruano, la "subordinación" juega un rol fundamental para su determinación.

En esa misma línea, la OIT advierte que se necesita una regulación con límites razonables que impidan posibles abusos, pero que no se conviertan en fronteras infranqueables en nombre de los derechos para los trabajadores¹¹.

7. Respecto de la protección social en los mercados a través de aplicaciones o por plataforma digital, el Proyecto se aleja de las recomendaciones de los organismos internacionales como el BM. El primero advierte, que hoy, los esquemas de seguridad social se encuentran muy circunscritos y bajo responsabilidad de provisión por parte de las empresas, cuando en atención a la naturaleza cambiante del trabajo, debieran responder a un enfoque más sistémico que ponga un mayor énfasis en la provisión por parte del Estado.

⁹ Ver Resolución N° 2410-2015/CC2, Resolución N° 2419-2015/CC2 y Resolución N° 10502016/CC2-INDECOPI.

¹⁰ Comisión Europea (2016). Agenda Europea para la economía colaborativa, sección 2.4. Disponible en <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>

¹¹ OIT (2017). Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo. Disponible en https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548618/lang-es/index.htm



De igual forma, dentro de recomendaciones de política sobre cobertura de protección social abordadas en un estudio publicado por la OIT, se señala que se deben replantear las legislaciones a fin de incluir dentro de esta a todos los trabajadores, independientemente del tipo de contrato que mantengan¹², es decir, de la forma en que se relacionen con el mercado laboral, idea que va en línea con publicaciones del Fondo Monetario Internacional (FMI)¹³.

Creemos que los esfuerzos para tener una adecuada regulación que permita, por un lado, sacar el mayor provecho de los cambios tecnológicos para la creación de empleo y crecimiento, y por otro, asegurar que estos ofrezcan adecuadas condiciones a los usuarios de esta, deben orientarse a entender y contar con información relevante sobre el funcionamiento de los nuevos modelos de negocio de la economía digital. Asimismo, en el marco de un análisis de impacto regulatorio, se debe tener un proceso abierto y transparente, que disponga de mecanismos de participación del público, que incluya a las plataformas hoy activas en nuestro país, para contar con una regulación más informada sobre los aspectos que deben abordarse.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que el presente Proyecto no debería aprobarse.

Atentamente,


Jessica Luna Cárdenas
Gerente General



¹² OIT (2018). Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world. Disponible en https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm

¹³ Michal Rutkowski (2018). Reimagining Social Protection en FMI, Finance & Development: "Age of insecurity: rethinking the social contract" (December 2018). Disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/12/pdf/fd1218.pdf>