

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El ejercicio de los derechos colectivos en las prestaciones de servicios mediante plataformas digitales

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR

Percy Martin Mora Cacho

ASESOR:

Willman Cesar Melendez Trigoso

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20204281

2020

RESUMEN

En el presente trabajo se busca analizar lo relacionado al derecho de sindicación y negociación colectiva en los trabajadores independientes de plataformas digitales, partiendo de la premisa que en el Perú no se encuentra regulado de forma expresa los derechos colectivos en favor de este grupo de trabajadores, a pesar de que se tiene por ratificados ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT), i) el Convenio 87 sobre la “libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” y ii) el Convenio 98 sobre el “derecho de sindicación y negociación colectiva”; instrumentos de carácter internacional que sí otorgan los mencionados derechos colectivos a los trabajadores independientes. Para ello, la problemática planteada es sometida ante los tribunales de justicia internos, los órganos internacionales de derechos humanos y los órganos de control de la OIT, en aplicación del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad respectivamente, a fin de encontrar una solución que favorezca a este colectivo de trabajadores a poder ejercitar el derecho de sindicación y negociación colectiva, en cumplimiento de lo dispuesto por nuestra Carta Magna y las normas internacionales del trabajo. Así pues, como conclusión de esta investigación se tiene por advertido la insolita aplicación de las normas de fuente internacional en nuestro país y el carácter blando de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT; siendo más eficaz la aplicación del bloque de constitucionalidad ante nuestros órganos de justicia nacional y, de no resultar satisfactoria dicha vía, será recomendable recurrir ante los organismos internacionales en aplicación del control de convencionalidad, debiendo apoyarse en ambas instancias con las interpretaciones especializadas que pueda emitir el Comité de Libertad Sindical sobre la materia controvertida en aras de otorgarle mayor fuerza a la interpretaciones jurídicas de carácter vinculante que emitirán dichos órganos de justicia.

INDICE DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 4 |
| 2. La digitalización de la economía en el ámbito de las relaciones laborales | 7 |
| 2.1. El futuro del trabajo y la flexibilidad laboral en la industria 4.0 | 8 |
| 2.2. El fenómeno empresarial de la uberización y sus implicancias en el Derecho del Trabajo | 12 |
| 2.3. Las transformaciones digitales: la nueva fuerza de trabajo en las plataformas digitales | 21 |
| 3. La ficticia libertad sindical y negociación colectiva | 26 |
| 3.1. La autoorganización de los trabajadores de las plataformas digitales | 27 |
| 3.2. La negociación colectiva como búsqueda del equilibrio entre los sujetos negociales de las plataformas digitales..... | 31 |
| 4. Las alternativas para enfrentar la ilegitimidad de la libertad sindical y la negociación colectiva | 37 |
| 4.1. El bloque de constitucionalidad y su construcción internacional | 38 |
| 4.2. El control de convencionalidad en el seno de los órganos de control de la OIT | 47 |
| 5. Conclusiones | 59 |
| 6. Bibliografía | 61 |

1. Introducción

Las transformaciones digitales en nuestra humanidad han obligado a todos en general a ingresar en un ciclo de readaptación y aprendizaje sobre las nuevas formas de organización y trabajo en general. De modo que, estos cambios han forzado a descubrir una serie de problemáticas como la pérdida de la mano de obra por la denominada inteligencia artificial o la precarización laboral en actividades productivas que no son consideradas dentro del Derecho del Trabajo por los rasgos de autonomía que confluyen en la misma.

Habría que decir también que, esta disociación existente entre las nuevas formas de trabajo y la tecnología viene por un lado facilitando en el mundo entero una forma de vida más práctica y celerante al encontrarse mayormente todo al alcance de las tecnologías de la información y las comunicaciones que antes era inútil e impensado por los recursos técnicos o procedimientos que existían en esas épocas. Sin embargo, esta irrupción ha generado consecuencias negativas en el ámbito de las relaciones laborales, dado que se han producido cambios drásticos en la mecánica de brindar un servicio o lo que es peor, comenzaremos a apreciar cada vez más de cerca el desempleo en nuestros alrededores.

De esta manera, pondremos atención principalmente en el modelo de negocio de la “uberización” y su problemática dentro del campo del derecho colectivo del trabajo, debiendo describir previamente que este fenómeno empresarial antes de su entrada en vigencia no ameritaba una preocupación por parte del derecho laboral dado que hablábamos de un servicio de taxi o movilidad que era brindado por el propio taxista o conductor que a su vez era el dueño de su propio negocio y funcionaba de forma totalmente independiente. Distinto tratamiento es el que se puede apreciar en la actualidad en donde el servicio de taxi es brindado usando previamente una plataforma digital, la cual genera que exista una interacción directa entre el consumidor que es quien requiere dicho servicio y el trabajador independiente que es quien acepta el servicio de forma virtual para luego brindarse físicamente tal servicio,

e indirectamente con el dueño de la plataforma digital dado el porcentaje de la retribución económica que percibe por cada servicio y los sistemas de control móviles que confluyen en este tipo de actividades prestadas por este colectivo de trabajadores.

Asimismo, se está considerando dentro del fenómeno empresarial antes descrito a los trabajadores autónomos que realizan actividades de reparto teniendo como herramienta moderadora de trabajo a una plataforma digital que en temas organizativos tiene similares características al de un taxista o conductor que oferta sus servicios a través de las plataformas digitales, con la única diferencia que en la primera se brinda un servicio de taxi o transporte y, en la segunda el consumidor puede escoger entre una gama de productos que pueden ser repartidos tales como comidas, snacks, bebidas, productos farmacéuticos, regalos y hasta el propio servicio de mensajería.

En ese contexto, es importante delimitar que estas formas de organización empresarial han podido demostrar en estos últimos años que existen una serie de cuestionamientos que urgentemente necesitan una respuesta por parte del Derecho del Trabajo, encontrándose aspectos como quien es realmente el empleador o si existe actos de subordinación ante estos trabajadores autónomos de las plataformas digitales, o quien el responsable de cautelar la seguridad y salud en el trabajo de estos colectivos de trabajadores, o lo que es aún más complejo, es si pueden ejercer el derecho de sindicación y negociación colectiva con la finalidad de mejorar sus condiciones de trabajo partiendo que al día de hoy por su carácter de autonomía en el trabajo no tienen dichos derechos reconocidos en el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de Relaciones Colectivas de Trabajo, y en su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Por tal motivo el objetivo del presente trabajo de investigación es presentar la normativa internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), específicamente el convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el convenio 98 sobre el derecho de sindicación y la negociación

colectiva; instrumentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país y sobre los cuales se buscará dar una solución ante la ausencia de los derechos colectivos del trabajo que mantienen en la actualidad este colectivo de trabajadores autónomos de las plataformas digitales.



2. La digitalización de la economía en el ámbito de las relaciones laborales

En esta nueva era digital en donde los actores económicos confluyen digitalizando en su mayoría todas sus actividades hemos podido observar que estos cambios o modificaciones han reducido al máximo el valor de las fronteras nacionales, como es cada vez más el actual, descubriendo así un vacío en el Derecho, dentro del cual los tradicionales instrumentos reguladores, tanto de ámbito nacional como internacional, demuestran cada vez más a las claras su inadecuación, requiriéndose urgentemente de instrumentos alternativos de base jurídico-pública para hacer frente a tan inquietante realidad¹.

Lo cierto es que efectivamente nuestra regulación por lo pronto se encuentra siendo sorprendida en todos sus aspectos por la economía digital dado que, en muchos países todavía no ha existido una verdadera adaptación y esto ha generado un aprovechamiento del sector empresarial que, en ese característico ánimo lucrativo han visto oportunidades de negocio que busquen exonerar al mismo de obligaciones que normalmente coexisten en actividades económicas que datan de muchos años atrás y, sobre las cuales la legislación se ha encargado de otorgar rígidas formalidades con el único fin de que los partícipes que concurren en dichas actividades obtengan un equilibrio tanto en lo económico como en lo laboral.

Es necesario recalcar que estas atípicas formas de trabajo que han venido presentándose en esta última década han traído graves repercusiones en el ámbito laboral, siendo principalmente sus afectados los actores en donde se deposita la fuerza de trabajo, toda vez que se detectan diferentes tipos de menoscabos como condiciones diminutas de trabajo, despreocupación en cuanto a la seguridad y salud en el trabajo, y sobre lo que versará la presente investigación una ausencia clara en los derechos colectivos de trabajo.

¹ Sanguinetti Raymond, W. (2008). Los Instrumentos de Gestión Laboral Transnacional de las Empresas Multinacionales: Una Realidad Poliédrica Aún en Construcción. *Derecho & Sociedad Asociación Civil, Volumen N° 46* (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), pp. 217-227.

De esta manera, es importante reseñar el panorama que ha causado la irrupción de la digitalización de la economía en esta nueva era y, avocarla específicamente en las nuevas modalidades de la economía colaborativa que han llegado para quedarse y sumergirse sobre este nuevo paraíso laboral².

2.1. El futuro del trabajo y la flexibilidad laboral en la industria 4.0

En estos momentos estamos atravesando lo que muchos economistas han denominado la Cuarta Revolución Industrial o mejor dicho la “industria 4.0”, debiendo resaltar la descripción elaborada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo del Gobierno de España, el cual lo define como: “la cuarta revolución industrial, que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía”³.

De esta manera, no cabe la menor duda que la realidad actual muestra un panorama ciertamente versátil en los elementos esenciales que marcan el devenir de las relaciones laborales y, en particular, la situación del trabajo dentro de nuestra sociedad. A estos efectos, cuando menos se podrían destacar seis fenómenos que están influyendo de manera decisiva en la transformación del trabajo: la globalización de la economía, la extensión de las tecnologías de la información y la robotización de los procesos productivos, la descentralización productiva como forma de organización de las empresas, el impacto de la economía sobre el medio ambiente y el acelerarse del cambio climático, la

² Yeyati, E. L. (2018). *Después del trabajo: El empleo argentino en la cuarta revolución industrial*. New York, Estados Unidos: Editorial Penguin Random House. pp. 1-352.

³ Carrizosa Prieto, E. (2018). Lifelong learning e industria 4.0. Elementos y requisitos para optimizar el aprendizaje en red. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, (ADAPT University Press), pp. 38-63.

intensificación de los flujos migratorios, así como los cambios culturales en la percepción de la ciudadanía dentro del mundo del trabajo⁴.

Estas fragmentaciones claramente vienen en aumento y cada vez de forma más expeditiva a lo largo de estos últimos años, significando obligatoriamente una adaptación y concientización a las nuevas tendencias laborales y, otras que hasta el momento desconocemos por ser la digitalización de la economía un aspecto tan volátil que en un abrir y cerrar de ojos puede otorgarnos una serie de ventajas por las consecuencias positivas que origina la globalización en el mundo del trabajo como desventajas en donde el imperialismo capitalista se sobrepone y extralimita cualquier derecho que correspondería ser reconocido.

Cabe señalar que estos cambios no incurren en todos los sectores por igual, no siendo posible negar que estamos ante una realidad que pone en tensión, e incluso cuestiona, instituciones esenciales para la normativa del trabajo. La empresa en la actualidad se nos presenta como una empresa interconectada con el mercado (plataformas y aplicaciones digitales), con las otras empresas (empresas red), con sus clientes (valoraciones reputacionales) e, incluso, con sus productos (internet de las cosas), sin embargo, paradójicamente este entorno de hiperconectividad favorece el aislamiento de los trabajadores como viene sucediendo en el teletrabajo, el trabajo a distancia, el trabajo a demanda online, a través de plataformas “colaborativas” o la dispersión de centros de trabajo pueden suponer un trabajador cada vez más aislado y ausente en el derecho colectivo del trabajo⁵.

En palabras del profesor Jesús Cruz Villalón, tales cambios tecnológicos reabren el clásico debate en torno a las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, incrementando no sólo las zonas grises, sino provocando la emergencia de formas no meramente anecdóticas en su número de trabajos

⁴ Cruz Villalón, J. (2017). El futuro del trabajo y su gobernanza. *Revista Temas Laborales* núm. 137/2017 (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social), pp. 13-39.

⁵ Pastor Martínez, A. (2018). Representación de los trabajadores en la empresa digital. *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo*, Vol. 5 (Universidad Autónoma de Barcelona: Institut d'Estudis del Treball), pp. 111-122.

autónomos económicamente dependientes o bien de formas adicionales de concertación de contratos de falsos autónomos⁶.

En concordancia con lo anterior, a estos cambios en las nuevas tendencias del trabajo se suma intrínsecamente la flexibilidad laboral o desregulación del mercado del trabajo, el cual se caracteriza por reseñar históricamente el fin de la época del trabajo rutinario y repetitivo fordista por el de nuevas oportunidades de autonomía y realización en el trabajo, asimilando esta flexibilización a la disminución del tiempo de trabajo y con ello a ganar más disponibilidad para la vida familiar y el tiempo libre; pero también se utiliza la flexibilización para justificar la reducción de derechos de los trabajadores, tales como mínimos salariales, estabilidad en el trabajo y límites a la duración de la jornada de trabajo, en el entendido que es necesario reducir costos laborales para incentivar la utilización empresarial de mano de obra⁷.

En cierto sentido la desregulación en el ámbito laboral ha tenido efectos favorables en cuanto a la búsqueda del mencionado equilibrio entre el tiempo de trabajo con la vida familiar y, así darle mayor competitividad y productividad al sector empresarial. Sin embargo, estos mecanismos no siempre confluyen de forma positiva cuando nos encontramos ante nuevas formas de organización del trabajo que como hemos podido observar en la actualidad vienen presentándose de la mano de la digitalización de la economía.

Así pues, resulta fundamental hacer mención que estas nuevas manifestaciones de la fuerza de trabajo han generado mucha polémica en cuanto a su tratamiento en el ámbito del Derecho del Trabajo, justificándose en que la flexibilidad laboral es el elemento que les permite realizar un trabajo autónomo que estaría generando

⁶ Cruz Villalón, J. (2017). El futuro del trabajo y su gobernanza. *Revista Temas Laborales* núm. 137/2017 (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social), pp. 13-39.

⁷ López F., D. (2002). *Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente*. Editorial Labouragain Publications. pp. 1-17.

una retribución económica aceptable y, decidir en qué momento ponerse a disposición de su trabajo por la supuesta independencia que los estaría caracterizando cuando de seguro es sabido que existe una interdependencia que a todas luces recaerían contrariamente sobre dicha posición.

Como se expuso anteriormente, la flexibilidad laboral no es una herramienta creada con el fin de burlar el ámbito de aplicación del derecho laboral pero lamentablemente ha podido detectarse en ciertas formas de trabajo apañadas justamente en esta tendencia de disminuir la rigidez legal, un desamparo tanto en las relaciones individuales como colectivas de trabajo. Debe advertirse que por su misma condición de poca rigidez normativa permite que, en la práctica, sí se den comportamientos, por parte de los empleadores, tendientes a burlar la lupa del derecho del trabajo con el fin de evitar cargas prestacionales, sociales, responsabilidades de tipo laboral y con el fin de moldear sus prácticas empresariales de acuerdo a la productividad de la empresa y la volatilidad del mercado⁸.

Bajo esa perspectiva, resulta necesario señalar que no podemos permitir que los Estados bajo el artificio de la flexibilidad laboral y el cumplimiento de los objetivos empresariales a través de ella, se menoscabe indirectamente los derechos laborales que normalmente han coexistido rígidamente en el encausamiento del mundo del trabajo. Es más, hemos visto tan normalizado este suceso que viene ocurriendo en esta nueva era digital que, ni preocupación e interés hemos puesto frente al colectivo de trabajadores que de una manera u otra vienen siendo repudiados y mostrando una ausencia que de seguro tarde o temprano llegará a reglamentarse, como sucedió en la conquista de la jornada de ocho diarias de trabajo que sucedió en los Estados Unidos de América y repercutió gradualmente en todos los países del mundo.

⁸ Bustamante García, M. (2019). *Flexibilidad laboral y economía colaborativa, mutualismos modernos* (tesis de postgrado). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. pp. 1-141.

Siendo así, este tipo de cambios no se circunscriben al ámbito de los estándares laborales de condiciones de trabajo, sino que en igual medida se aprecian en la vertiente de las relaciones colectivas, de modo que la actividad sindical se ve abocada a adaptarse al nuevo contexto, del mismo modo que la negociación colectiva experimenta el impacto de las transformaciones que se producen en las empresas y en los sectores productivos a resultas de la presencia intensa de las tecnologías de la información y las comunicaciones. El resultado, una vez más, va a ser un juego más complejo de las reglas clásicas del ordenamiento laboral en este nuevo escenario tecnológico⁹.

Esta revisión, tan somera como inevitable admite en indicar que el futuro del trabajo cada vez más tendrá mayores modificaciones en los años próximos y, únicamente queda continuar siendo muy observadores sobre los siguientes acontecimientos que vayan presentándose en el devenir de la industria 4.0. Es en ese sentido que, se abordará el fenómeno empresarial de la uberización como parte integrante de estos cambios en la fuerza de trabajo que emergen producto de la cercanía entre las tecnologías de la información y las comunicaciones.

2.2. El fenómeno empresarial de la uberización y sus implicancias en el Derecho del Trabajo

En esta oportunidad analizaremos la relación tan cercana que existe entre los trabajadores autónomos de las plataformas digitales y el Derecho del Trabajo, centrandolo como principal protagonista al fenómeno empresarial de la “uberización”, el cual debemos entender como una revolución empresarial, donde la plataforma virtual se muestra como un simple “centro de encuentro” entre potenciales clientes con los respectivos colaboradores. Es decir, las plataformas dicen que no participan en la relación contractual constituida entre el cliente que necesita un taxi y el dueño de un vehículo que quiere prestar el

⁹ Cruz Villalón, J. (2017). El futuro del trabajo y su gobernanza. *Revista Temas Laborales* núm. 137/2017 (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social), pp. 13-39.

servicio (socio colaborador), ya que solo funcionan como una “agencia de empleo virtual”¹⁰.

Esta economía colaborativa encuentra distintas nominaciones que suelen ser utilizadas, tales como, “economía compartida” –*sharing economy*–, “consumo colaborativo” –*collaborative consumption*–, “economía bajo demanda” u “*on demand economy*” y otros como “*peer to peer economy*” –economía de igual a igual–, “*gig economy*”, “*crowdsourcing offline*” o “*crowdwok*”, dentro de estos, el que se aplica al servicio de transporte urbano de pasajeros –*ride sharing*– y de la mano de esta última denominación se deriva el término “*Uber Economy*” que se relaciona con aquella plataforma virtual que permite vincular usuarios que buscan un servicio de transporte urbano¹¹.

De igual manera, es importante reseñar que las plataformas digitales de trabajo son el soporte de una gran variedad de tareas (gráfico 1.1). Algunas son plataformas digitales de trabajo en línea que asignan tareas a un grupo de personas (microtareas o tareas creativas basadas en concurso) o directamente a personas a través de plataformas digitales de trabajadores *freelance* cuyos trabajos suelen ser de más larga duración (por ejemplo, Upwork). Además, también hay plataformas de trabajo basadas en la ubicación y en aplicaciones informáticas, donde la mayoría de las tareas se asignan a individuos concretos (por ejemplo, transporte, entregas y servicios para el hogar) y son pocas las tareas que se asignan a un grupo de personas (por ejemplo, la realización de microtareas locales)¹². Siendo estas tareas basadas en la ubicación las que seguramente han tenido mayor arraigo en el universo comercial, y sobre las cuales se han tenido

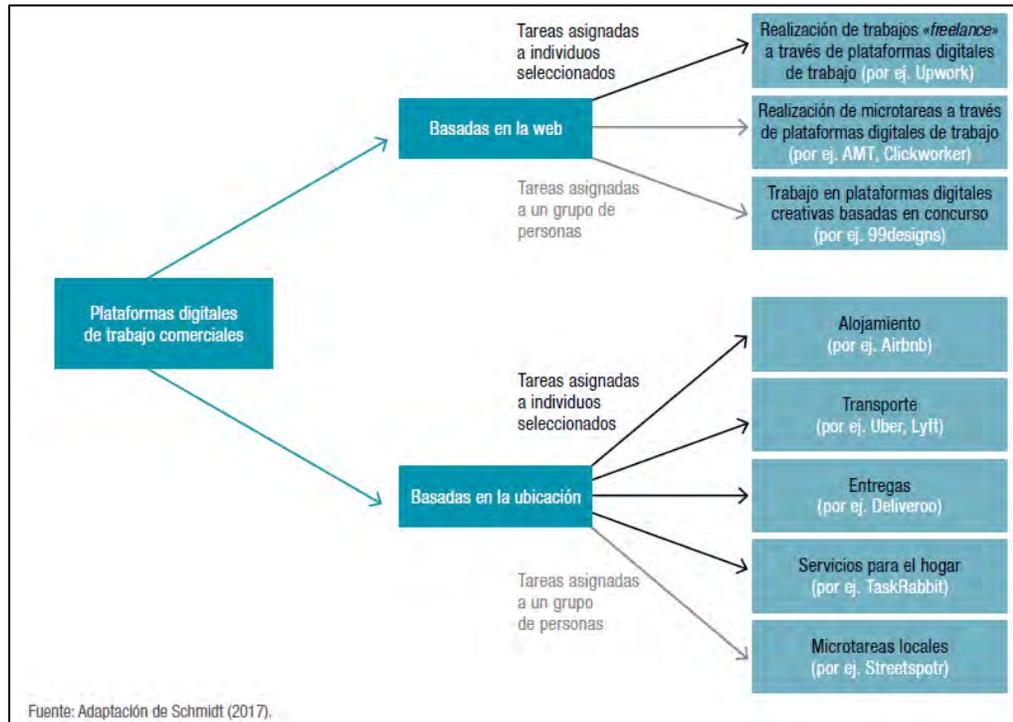
¹⁰ Arce Ortiz, E. (2019, febrero). Plataformas Digitales y Derecho Laboral. *Análisis Laboral*, Vol. XLIII (Edición N° 500), pp. 42-43.

¹¹ Gallardo, H. (2018). Las nuevas relaciones de trabajo en la economía *on demand*. Análisis del caso insignia: Uber. *Lecciones y ensayos*, (Edición Nro. 100), pp. 193-211.

¹² Berg, J., Furrer, M., Harmon, E., Rani, U., & Silberman, M. S. (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo. pp. 1-170.

mayores cuestionamientos por línea tan delgada que existe entre el Derecho del Trabajo y la supuesta autonomía que los ha caracterizado.

Grafico 1.1 Categorización de las plataformas digitales



Por consiguiente, este nuevo modelo de negocio consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizado por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria¹³. De esta forma, estas nuevas empresas de base tecnológica, en principio, se limitan a poner en contacto al cliente –solicitante de una prestación de servicios– con la persona que realiza finalmente la prestación –el trabajador autónomo–. Tal nivel de descentralización productiva no había sido posible hasta el desarrollo de la tecnología actual. Las empresas dedican su negocio a la creación de una plataforma virtual (página web, apps, etc.) donde

¹³ HOWE J. (2006). *The rise of Crowdsourcing*, Wired, pp. 176-179.

los clientes pueden localizar directamente a una persona individual que realice la prestación de servicios demandada¹⁴.

Sin embargo, estas empresas propietarias de la plataforma virtual alegan ser únicamente una base de datos donde clientes y prestadores de servicios pueden encontrarse, permitiendo la calificación de los trabajadores como autónomos. De esta forma, con la inaplicación de las protecciones concedidas por el Derecho del Trabajo especialmente por la inaplicación del salario de convenio, el cliente a través de estas plataformas, puede obtener el servicio a un precio mucho menor que el que una empresa tradicional podría ofrecer¹⁵.

Asimismo, es importante señalar que en estas nuevas formas de trabajo no solamente se encuentran siendo considerados los conductores de las plataformas virtuales como “uber”, “cabify”, “beat”, “easy taxi”, a manera de principales actores; sino que también confluyen en dicho contexto los repartidores o *riders* de las famosas empresas transnacionales como “glovo”, “uber eats”, “rappi”; quienes por la naturaleza de sus actividades reciben encargos a través de una plataforma virtual de forma muy similar al de los conductores o *drivers*.

De modo que, esta famosa descentralización productiva ha generado muchos aspectos tanto positivos como negativos en la sociedad y sobre todo en quienes finalmente desarrollan sus actividades en interdependencia de una plataforma digital, creyéndose de una parte que la autonomía de dichos trabajadores es sustentada en ese sistema de comunicación móvil que soluciona el acercamiento a través de una intermediación virtual entre los consumidores o usuarios o clientes con el encargado de brindar un servicio de taxi o entregar un bien a través del sistema de reparto virtual, no existiendo de sobremanera algún tipo o acto de subordinación del dueño de la plataforma digital y, de otra parte, se destaca lo

¹⁴ Todolí, A. (2015). El impacto de la “Uber Economy” en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *Revista IUSLabor* 3/2015, (Universitat Pompeu Fabra), pp. 1-25.

¹⁵ *Ibidem.*, pp. 4.

relacionado al mundo del trabajo en donde se cree y cada vez con mayor ímpetu que esta nueva ocupación se encuentra pisando esa línea tan delgada que existe con el Derecho del Trabajo y, justo es en ese momento en donde hemos podido apreciar que ya se encuentran concurriendo una serie de reclamos por los supuestos trabajadores autónomos que en algunos casos se ha determinado que estamos hablando efectivamente de un trabajador asalariado que deja de un lado la teoría de que el dueño de la plataforma digital es un empleador instrumental sobre el cual recaen efectos jurídicos, sociales y económicos sin tener la calidad de empleador para convertirlo realmente en empleador al demostrarse la facultad directriz ejercida por el mismo.

Con esto quiero decir que, existe una variedad de supuestos sobre las condiciones que rigen el relacionamiento con la plataforma digital, esto es, sobre la persona que cubre el equipamiento y los materiales que se utilizan en la realización del servicio, la localización satelital, la forma de asignación de tareas o pedidos de clientes, el precio final que se fija por los servicios al receptor, el mecanismo de cobro y los pagos de la retribución a quien realiza el servicio, la programación de horas y días, la posibilidad de rechazar o de cancelar pedidos y –especialmente– las consecuencias que ello conlleva, entre otros factores¹⁶.

En línea con lo anterior, existen vínculos de dependencia de una u otra manera entre el dueño de la plataforma digital y el denominado trabajador autónomo y, viceversa, dado que sin la existencia de cada participante no podría concretarse dicho modelo de negocio. Al respecto, resulta trascendental delimitar las posturas que coexisten dentro del mundo de los trabajadores de las plataformas digitales dado que un cierto sector de la jurisprudencia se ha inclinado por tratarlos meramente como trabajadores autónomos y, de otro lado, como trabajadores asalariados en virtud de la subordinación que podría estar existiendo en esta nueva forma de trabajo.

¹⁶ Informe Final de Grupo de Trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma, creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR. pp. 1-26.

De esta manera, la primera postura y la que se encuentra más arraigada actualmente en nuestra contextual, es la del famoso trabajador autónomo de las plataformas digitales, el cual supuestamente estaría imbuido en una relación de carácter civil y, sobre el cual, no debería existir ningún indicio de laboralidad que amerite un reconocimiento dentro del Derecho del Trabajo.

A mayor precisión, la resolución ECLI:EU:C:2017:981 del Tribunal de Justicia de Luxemburgo¹⁷ ha considerado a la plataforma digital de Uber como un mero servicio de transporte de taxi, lo que posibilita para que en muchos países y concretamente en nuestro país se le regule así¹⁸, de tal manera que el trabajador autónomo así considerado por la presente Sentencia resulte ser un prestador de ese servicio de intermediación que a su vez crea una oferta de servicios de transporte urbano, que es accesible mediante una plataforma virtual puesta a disposición de los usuarios que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano. Es decir, la plataforma virtual o aplicativo actúa netamente como un simple intermediario entre el trabajador autónomo que desee brindar el servicio de transporte y el usuario que necesita ser trasladado.

En línea con lo anterior, es importante extraer las características aplicables a este fenómeno empresarial realizadas por el profesor Gustavo Gauthier Guazzoni¹⁹, quien de forma descriptiva enuncia lo siguiente:

- La aplicación de Uber contiene información y constituye un medio de obtener servicios de transporte ofrecido por terceros proveedores de transporte, conductores u operadores de vehículos (denominado “Proveedor de transporte” en la aplicación)

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia del 20 de diciembre de 2017-caso Asociación Profesional Elite Taxi y Carlos Eduardo Armas Morales 100 UberSystemsSpain, S. L.

¹⁸ Armas Morales, C. E. (2018). El consumo digno y los negocios de app de taxi (caso Uber). *Pensamiento Crítico*, Vol. 23 (Edición N° 01), 97-120.

¹⁹ Gauthier, G. (2017), Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber. *Revista Derecho del Trabajo* N° 8, Buenos Aires, La Ley, 1531–1549.

- Uber aclara que por sí misma no presta directamente servicios de transporte y no se asume como una empresa transportista.
- En las condiciones de contratación del servicio, es el “Proveedor del Transporte” quien decide ofrecer servicios de transporte, que se pueden solicitar mediante el uso de la aplicación.
- Uber se presenta como mero intermediario entre el usuario y el “Proveedor del Transporte”.
- Las condiciones del servicio también prevén que la prestación de los servicios de transporte, está sujeta al acuerdo entre el usuario y el “Proveedor del Transporte” y donde Uber no es parte del acuerdo.
- Uber cobra por los servicios de transporte prestados por el “Proveedor del Transporte”, en nombre del mismo.
- La calidad de los servicios de transporte solicitados a través del uso de la aplicación es responsabilidad del “Proveedor del Transporte”, quien en última instancia será quien preste los servicios.
- Bajo ninguna circunstancia, Uber acepta responsabilidad en relación con o derivada de los servicios de transporte prestados por el “Proveedor del Transporte” ni por ningún acto, acción, comportamiento, conducta o negligencia de su parte.
- Las reclamaciones sobre los servicios de transporte prestados por el “Proveedor del Transporte”, deben remitirse a éste último. Uber se presenta como mero intermediario entre el usuario y el “proveedor de transporte”.

Lo establecido en la línea jurisprudencial de que las plataformas digitales no conllevan de la mano actos de subordinación frente a los trabajadores autónomos, viene causando cada vez más preocupación en la mayoría de países en donde hemos observado principalmente que se alienta la precarización laboral al negarles el reconocimiento, otorgándose de forma paupérrima y escueta ciertas reglas impuestas por el Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo como es lo referido a la contratación de seguros de vida o accidentes, tal como ha sucedido en el país de Argentina a través de la Ley que regula las actividades de los

repartidores, mensajeros y aplicaciones de *delivery*, dejando de lado el tan ansiado reconocimiento laboral.

No obstante, lo indicado por las propias empresas de plataformas digitales al manifestar que son unas simples intermediadoras comerciales y, que por lo tanto no les debería aplicar el Derecho del Trabajo es la antítesis a las proposiciones que vienen pugnando los trabajadores de estas plataformas digitales en cuanto a un reconocimiento laboral que desde una perspectiva horizontal equilibraría esa desigualdad existente. Dicho lo anterior, Hernán Gallardo²⁰ reseña una serie de características que sucintamente demuestran ciertos indicios de laboralidad que confirmaría lo expuesto, las cuales son las siguientes:

- Al enviar la solicitud de ingreso, el chofer autoriza a Uber y a su contratista de seguridad, para la consulta y obtención de información de cualquier fuente legítima y legal, de diferentes bases de datos de autoridades competentes a nivel nacional. Entre ellas, entidades del sector financiero, judicial y policial, entre otras. De igual forma, acepta la verificación de los antecedentes y referencias personales o cualquier otra información personal.
- Las tarifas de los servicios son determinadas por Uber y pueden variar minuto a minuto en función de la demanda de servicios y la cantidad de vehículos disponibles en la zona.
- El vehículo y todos los gastos asociados están a cargo de los propietarios de estos.
- Uber cobra el precio del viaje directamente al usuario, retiene una comisión dependiendo de las ciudades y le paga el saldo restante al “proveedor de transporte” o chofer.
- En algunos servicios especiales de Uber, se sugiere a los conductores respetar un código de vestimenta o vestir profesionalmente.

²⁰ Gallardo, H. (2018). Las nuevas relaciones de trabajo en la economía on demand. Análisis del Caso Insigna: Uber. *Lecciones y Ensayos Nro. 100*, (Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires), 193-211.

- Uber puede cancelar el contrato con el conductor que no sigue las sugerencias o en virtud de quejas que los usuarios pueden subir a la plataforma.

Luego de analizar estas precisiones, es claro que existe dos posiciones disímiles que necesitan ser revisadas a detalle y ser consensuadas a nivel legislativo, más aún si vemos que evidentemente existen rasgos de laboralidad que podrían estar evadiendo relaciones laborales de trabajo y exonerándose de sus obligaciones formales, creando así lo que muchos denominan un paraíso laboral. De igual importancia, es menester indicar que existen países de la región y de Europa, en donde ya se vienen ventilando este tipo de reclamos y, otorgándose momentáneamente una respuesta a través del diálogo social y la jurisprudencia, observándose que mayormente se han preocupado en descifrar si existe o no una relación laboral y, nada al respecto sobre el ejercicio del derecho de sindicación y negociación colectiva que podría ser una solución más alentadora y necesaria para estos casos.

En ese sentido, nos hemos inclinado por la línea de lo señalado por el grueso de los trabajadores de las plataformas digitales, quienes principalmente indicando que esta modalidad de trabajo demuestra una clara precarización laboral y, no confluye con el discurso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre un trabajo digno; han aportado elementos de juicio razonables que nos hacen pensar que estamos ante trabajadores por cuenta ajena o asalariados. Estos indicios de laboralidad claramente se manifiestan en la interdependencia que existe entre la marca de la plataforma digital y el propio trabajador, la determinación de una tarifa y cobro de una comisión sobre el servicio de transporte o *delivery*, el hecho de ser el titular de la oferta del servicio para luego intermediarlo mediante un aplicativo móvil, establecer una ruta sobre el cuál según las reglas aplicables al servicio el usuario puede exigir a cumplir al trabajador de la plataforma digital y, hasta requerir al propio trabajador a cumplir ciertos estándares de conducta y comportamientos que no hacen más que denotar el cumplimiento de obligaciones formales de trabajo.

2.3. Las transformaciones digitales: la nueva fuerza de trabajo en las plataformas digitales

Como es sabido, la uberización como fenómeno empresarial se encuentra desarrollándose en la mayoría de países del mundo y, con la misma problemática, serán o no trabajadores dependientes y asalariados o realmente deben continuar siendo considerados como trabajadores autónomos. Esta controversia efectivamente ha dado mucho que hablar en la medida que cada posición y argumentación guarda un sentido común en una economía social de mercado como la nuestra.

Es así que, este tipo de trabajos ha visto principalmente su desarrollo en un terreno totalmente deslaboralizado debiendo ceñirse por las normas de carácter civil tanto sustantivas como adjetivas ante cualquier problemática que pueda surgir en el desarrollo de sus supuestas actividades de carácter autónomas y, penales cuando les sea aplicables. Así pues, hemos podido observar que la desregulación en materia laboral es lo que justamente los hace más vulnerables frente al propietario de las plataformas digitales, el cual en su ámbito patronal tiene muchas veces ese poder de decisión sobre algunos aspectos vinculatorios al sistema y desarrollo de las propias actividades de los *drivers* o *riders*.

De otro lado, es importante describir el fenómeno empresarial de la tercerización o subcontratación, el cual en su momento y de la misma manera llego abruptamente con una serie de cambios principalmente aplicables al Derecho del Trabajo, en donde el principal afectado fue la clase proletaria, quienes tuvieron que retirarse de la empresa matriz o principal para luego ser traspasados a empresas especializadas con una cantidad de recortes en sus derechos laborales. Pudimos observar en su momento y, sobre el cual se han abordado diferentes investigaciones que, las afectaciones estuvieron enmarcadas mayormente en sus remuneraciones, en la estabilidad laboral y, lo que es peor aún, en el recorte del derecho a la sindicación por encontrarse con una regulación totalmente rígida que

restringía el acceso a organizarte sindicalmente entre trabajadores de estas empresas especializadas con la empresa principal o lo que sucedía fácticamente que los trabajadores de estas empresas descentralizadas se encontraban dispersos en diferentes centros de trabajo y sin tener ese contacto físico que muchas veces es importante para conformar un sindicato.

Este hecho sin precedentes, en donde se dio un giro total al antiguo modelo de negocio fordista que concentraba toda la fuerza de trabajo en una sola empresa, ha generado de la misma manera, como sucedió en la tercerización o subcontratación, que nuevos modelos de negocios nos invadan con mayores exoneraciones en el campo del Derecho del Trabajo, hasta el punto de dejar de referirnos al mismo derecho cuando hablemos de tal modelo de negocio. Esta precarización laboral se ha caracterizado en mi opinión como un claro abuso a los derechos laborales de este colectivo de trabajadores dado los indicios de laboralidad que demuestran claramente que estaríamos ante una relación de trabajo.

Lo expuesto se agrava más aún con el desinterés que han demostrado los propietarios de las plataformas digitales en buscar ese equilibrio que tranquilamente el Derecho del Trabajo suele otorgar. Esta indiferencia tiene su razón de ser claramente en las consecuencias económicas que podrían devenir del reconocimiento laboral y sindical, convirtiéndose en el principal motivo por el cual los titulares de las plataformas digitales pugnarán por evitar ese reconocimiento laboral que ya empieza a vislumbrarse en la jurisprudencia de países de la región y de Europa.

Sumado a ello, resulta relevante recordar lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual a través del famoso caso *Barbulescu*²¹ fijó la doctrina en lo relativo a los medios de control del empresario y el desarrollo

²¹ La primera STEDH (Sección 4ª). Caso *Barbulescu c. Rumania*, de 12 de enero de 2016. La segunda STEDH (Gran Sala) asunto *Barbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017.

de la vida privada del trabajador²², debiendo relacionar lo expuesto con esa sujeción virtual que existe entre los titulares de las plataformas digitales y los trabajadores autónomos de la misma.

Igualmente, es notable mencionar que ya empezamos a observar que los órganos de justicia vienen ya aceptando la tesis de que los trabajadores autónomos de plataformas digitales efectivamente merecen formar parte del Derecho del Trabajo. Es así que, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias a través de la Sentencia N° 1818/2019²³ de fecha 25 de julio de 2019, emitió un fallo favorable reconociendo la existencia de una relación laboral en éste ámbito, señalando de la misma manera tres aspectos de suma importancia: i) la plataforma y la marca como los verdaderos medios de producción –ajenidad–, ii) la plataforma impone condiciones para unirse a ellas –dependencia– y, iii) la sustituibilidad de este colectivo de trabajadores como suele ocurrir en el Derecho del Trabajo.

En tal contexto, hemos visto un cierto interés por regular justamente este tipo de relaciones comerciales y, consecutivamente comenzar el engranaje con el Derecho del Trabajo. Este interés se ha avizorado en dos oportunidades, siendo la primera con el Proyecto de Ley N° 2260/2017-CR presentado con fecha 15 de diciembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Nuevo Perú, “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 tecnológicas” y, en segundo lugar con el Proyecto de Ley N° 4243/2018-CR presentado con fecha 17 de abril de 2019 nuevamente por el Grupo Parlamentario Nuevo Perú, “Ley del empleo digno que regula a los trabajadores de plataformas digitales”. Ambos proyectos en su exposición de motivos plantean temas interesantes relacionados al factor dependencia que los

²² Alonso Peña, I. (2019). *Medios de control del empresario en el ámbito laboral en relación con el desarrollo de las nuevas tecnologías* (TFG). Recuperado de <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/37223/TFG-N.1156.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²³ Sentencia Social N° 1818/2019, Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1, Rec 1143/2019 de 25 de Julio de 2019.

convertiría realmente en trabajadores asalariados y no autónomos como se ha querido considerar a este modelo de negocio, destacando entre ellos los requisitos previos a la admisión a convertirte en socio colaborador, los que tienen que cumplir mientras desarrollan o están desconectados del aplicativo móvil, y el no menos importante, la ajenidad de la marca que en este mundo tan globalizado es vital para que a través de la publicidad y/o marketing, los propios *drivers* o *riders* puedan tener mayor demanda en el mercado, sin ella lamentablemente el modelo de negocio no sería tan rentable como lo es en la actualidad.

En línea con lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, presidido en su oportunidad por la señora Ministra Silvia E. Cáceres Pizarro, emitió la Resolución Ministerial N° 272-2019-TR con la finalidad de crear el “Grupo de Trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma”. Este Grupo Trabajo recientemente en el contexto actual que vivimos a causa de la pandemia del COVID-19, ha emitido el oportuno Informe Final que contó con la participación de los representantes de centrales sindicales de nuestro país y la Asociación de Motociclistas del Perú (ASMOPE), destacando lo advertido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a la precariedad laboral (salarios, seguridad social, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo) con la que comparten día a día este colectivo de trabajadores. De la igual importancia, cabe destacar que este Grupo de Trabajo recogió dentro de su informe las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT respecto al derecho de sindicación, señalando expresamente que independientemente del vínculo laboral se les debe reconocer el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en tanto que los únicos colectivos que se encuentran excluidos de ejercer tal derecho son los miembros de las fuerzas armadas y la policía.

De igual forma, es oportuno hacer mención que el Gobierno Peruano a través de la Resolución Ministerial N° 163-2020-PRODUCE aprobó el Protocolo sanitario

de operación ante el COVID-19 para el inicio gradual e incremental de actividades de la fase 1 relacionada a la “reanudación de actividades” por causa de la enfermedad antes descrita. En este cuerpo normativo se reglamentó una serie de obligaciones sanitarias aplicables en las actividades que realizan los *riders* (servicio de entrega a domicilio) con el objeto imponer medidas de control de parte de los dueños de las plataformas digitales sobre los trabajadores autónomos de la misma. Estas medidas de control a todas luces denotan evidentes actos de subordinación que el propio Gobierno indirectamente estaría reconociendo y, es más al que deberían sujetarse ambas partes como si estuviésemos ante una relación de trabajo.

Por lo expuesto, es vital tener en consideración que este acercamiento que tienen las plataformas digitales en el ámbito del empleo se encuentra cada vez más cerca de obtener su reconocimiento. Debiendo tener en consideración las palabras del maestro Jesús Cruz Villalón, quien en una de sus recientes conferencias²⁴ expreso *“el mediático está haciendo su trabajo en una bicicleta y, su nivel tecnológico es analógico 100 por 100, lo otro es el sistema de comunicación con quien le hace los encargos, sea un empresario cliente o sea un empleador y, [...], lo otro es una cuestión de que el Tribunal Supremo acabe diciendo que estos son trabajadores en régimen de subordinación, que no me cabe la menor duda”*.

De esta manera, cabe preguntarnos si realmente estamos ante una relación de trabajo cuando hablamos de trabajadores autónomos de plataformas digitales; cuestionamiento que seguramente estará resuelto en nuestro país en el devenir de los siguientes años –por la jurisprudencia o la legislación–. Sin perjuicio de lo anterior, lo que intentará resolverse a través de la presente investigación es si este colectivo desde la posición de la doctrina que los considera como trabajadores independientes o locadores, podrían ejercer el derecho de sindicación y

²⁴ Cruz Villalón, J. Revista de la S. S. (2019, julio 18). La Seguridad Social ante la digitalización y la jubilación del baby boom: claves para su sostenibilidad financiera y social [Archivo de vídeo]. *YouTube*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Xkg8E8qmDSU>

negociación colectiva que en nuestro país lo encontramos exclusivamente en los trabajadores asalariados.

3. La ficticia libertad sindical y negociación colectiva

A lo largo de la historia de las relaciones laborales hemos podido observar con el devenir de los años que, las organizaciones de trabajo tradicionales en donde el empresario concentraba toda su fuerza de trabajo en una sola empresa y coexistía armoniosamente la fuerza sindical dentro de las mismas, han sido invadidas abruptamente por el fenómeno empresarial de la descentralización productiva o mejor denominado tercerización, y este último a su vez viene demostrándonos con la tecnología de la información y las comunicaciones que aún existen mayores retos a los que se enfrentarán los derechos colectivos del trabajo.

Esto puede verse reflejado con claridad en las plataformas digitales que como bien hemos mencionado en el capítulo anterior, existe una precariedad laboral dada la calificación de trabajadores autónomos e independientes y, que entre otros términos, no hacen más que desmerecer la dignidad de este grupo de trabajadores por las restricciones y/o impedimentos que le ha puesto nuestro ordenamiento laboral, siendo específicos y en lo que nos atañe a la presente investigación, en los derechos colectivos relacionados a la sindicación y posterior negociación colectiva.

Si bien es cierto, en nuestro país el fenómeno empresarial de la uberización ha sido en muchas ocasiones una opción viable para combatir el desempleo o generar un ingreso extraordinario a lo acostumbrado. No obstante, éste no puede significar una fuga de los derechos fundamentales del trabajo, más aún cuando sus características elementales guardan cercanamente una similitud con los trabajadores asalariados, y cuando se ha podido advertir que existe normativa internacional de la OIT que no excluye a los trabajadores autónomos de poder constituir y/o afiliarse a un sindicato para luego tener la tan ansiada negociación colectiva que de una u otra forma pueda

dar origen a ese equilibrio que resulta necesario ante la desigualdad que hoy en día vive este colectivo de trabajadores.

En ese sentido, veamos a continuación como este fenómeno empresarial a pesar de las exclusiones antes mencionadas, viene otorgándonos una serie de ideas y acontecimientos interesantes en países de la región y de Europa, a manera de que pueda observarse que las limitaciones impuestas a este grupo de trabajadores en algunos países y facilidades normativas en otros, no han resultado ser un obstáculo para el ejercicio de la sindicación y negociación colectiva.

3.1. La autoorganización de los trabajadores de las plataformas digitales

La aparición de las plataformas digitales evidentemente nos ha colocado ante un escenario económico y tecnológico sin precedentes, en donde hemos podido descubrir que existen muchas falencias legislativas que esperan ser subsanadas e implementadas en un futuro por los diferentes ordenamientos laborales de los países de todo el mundo, teniéndose como herramienta principal al dialogo social entre los distintos actores que serán partícipes de los debates por propugnar un reordenamiento de la “virtualización laboral”. Este hecho sin duda no ha escapado ni ha sido excluido por la OIT dada la importancia que les concierne en cuanto a la búsqueda integral del trabajo decente, debiendo resaltar su importancia por la consideración que esta agencia tripartita de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) le ha otorgado en la Agenda 2030 al incorporar a las transformaciones digitales en el mundo del trabajo dentro su estrategia por promover la justicia social y el desarrollo sostenible de sus estados miembros.

No obstante ello, han emergido, en razón de las complicaciones procedentes de una modalidad de trabajo que no tiene reconocida al elemento primordial de la subordinación; y por ende, su apartamiento en el ejercicio de los derechos de participación colectiva como la sindicación y la negociación colectiva; formas análogas que han buscado de una u otra manera dar una posible respuesta de

carácter temporal a este colectivo de trabajadores mediante métodos alternativos de autoorganización –escapando de las formas tradicionales de constituir una organización sindical– para contrarrestar las desigualdades y precariedades que normalmente coexisten en la prestación de servicios mediante las plataformas digitales.

Al respecto, es importante señalar previamente como a nivel europeo una de las centrales sindicales más representativas de dicho continente –la Confederación Europea de Sindicatos– ha mostrado un gran interés y preocupación sobre lo que viene aconteciendo al mundo del trabajo en las tecnologías de la información y comunicaciones, debiendo resaltar lo señalado expresamente por su presidente que entre palabras del mismo señala sobre la presente problemática que *“La digitalización nunca será justa sin la participación apropiada y preceptiva de los trabajadores”*²⁵.

Como podrá apreciarse, esta dificultad por parte de los sindicatos de ser visibles en el interior de estas plataformas y de dirigir la acción colectiva ha originado un movimiento de autoprotección colectiva de quienes trabajan a través de ellas, teniendo a los países de España e Italia como los principales precursores en estas nuevas formas de autoorganización colectiva. Siendo ello así, tenemos al colectivo RidersXderechos, formado por “riders” de la plataforma digital de reparto a domicilio Deliveroo, luego se tiene a Asoriders (Asociación Española de Riders Mensajeros) que representa a mensajeros que trabajan para distintas empresas en calidad de autónomos, y finalmente se encuentran pugnando esta auto tutela representativa los colectivos denominados Riders Union Bologna, Deliverance Milano y Deliverance Project de Turín²⁶.

²⁵ Voss, E., & Riede, H. (2018, septiembre). Digitalización y participación de los trabajadores: la opinión de los sindicatos, los trabajadores de empresa y los trabajadores de plataformas digitales de Europa. Editorial: Syndicat Europeen Trade Union.

²⁶ Dominguez Morales, A. (2019, marzo). Representación colectiva y negociación de derecho de trabajadores en plataformas. Revista Latinoamericana de Derecho Social Número 29, 63-85.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha observado cómo estas nuevas modalidades de trabajo muy a pesar de haber encontrado una solución parcial a la problemática de la sindicación por medio de la autoorganización, también ha creado nuevas formas de ejercer presión ante este supuesto empleador digital, como lo hubiese sido el ejercicio de la huelga en un contexto en donde los derechos colectivos del trabajo se encuentren normalizados en favor de estos prestadores de servicios. De esta manera, es importante traer a colación un suceso ocurrido en la ciudad de Londres (Inglaterra) en donde los trabajadores de la plataforma digital Deliveroo se desconectaron del aplicativo móvil mediante el cual reciben los servicios de manera digital y fueron a protestar en las afueras de las instalaciones de dicha empresa con la finalidad de que sea modificada la nueva estructura de pago que se les estaba imponiendo de forma unilateral y en perjuicio de los mismos²⁷. A este suceso, se suma la paralización acontecida por los prestadores de servicios de distintas plataformas digitales en Brasil, la cual tuvo como eje principal incidir en la reputación empresarial de estas plataformas digitales, en tanto dio a conocer –a través de una marcha social– a todos los ciudadanos que radican en dicho país sobre las condiciones de trabajo precarias y sobre el ánimo de que prontamente pueda tenerse el tan ansiado reconocimiento laboral que garantice un trabajo digno y un respeto a los principios y derechos fundamentales del trabajo²⁸.

Es destacable como en estos países se ha podido comprobar que a pesar de las limitaciones a la participación colectiva por la atomización del trabajo que se sufre en estos escenarios y las restricciones de carácter jurídico que conviven en las plataformas digitales, han podido satisfacer en algunos casos sus pretensiones colectivas y, lo que más llama la atención, principalmente ser oídos por este empleador instrumental y, en algunos casos hasta obtener la participación del Estado como principal garante de evitar las vulneraciones a la dignidad humana.

²⁷ Woodcock, J. (2016, 12 agosto). #Slaveroo: los conductores de Deliveroo se organizan en la «economía del concierto». Recuperado 30 de septiembre de 2020, de <https://novaramedia.com/2016/08/12/slaveroo-deliveroo-drivers-organising-in-the-gig-economy/>

²⁸ Vitor Santos, J. (2020, 10 julio). Huelga de repartidores, una nueva forma de organización en la lucha de los trabajadores. Recuperado 30 de septiembre de 2020, de <https://rebellion.org/huelga-de-repartidores-una-nueva-forma-de-organizacion-en-la-lucha-de-los-trabajadores/>

No obstante, en nuestro país, esta modalidad de trabajo tan fragmentada e independiente no ha manifestado el mismo ánimo hegemónico de buscar un equilibrio social a través de la participación colectiva de sus trabajadores. Por el contrario, estos trabajadores se han sometido lamentablemente a las reglas y formas de trabajo impuestas por los representantes de las plataformas digitales, siendo esta reacción seguramente por las propias limitaciones jurídicas de sindicación y negociación colectiva que convergen en dicho contexto o muy posiblemente por la desinformación e ignorancia de muchos de estos trabajadores, guardando relación esto último con nuestras bajas tasas de sindicalización que cada vez más han ido disminuyendo desde que la descentralización productiva llegó al Perú.

Es necesario mencionar que lo anterior no discierne de lo investigado por el Grupo de Trabajo que tuvo por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales –creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR–, en tanto no se observó dentro del estudio realizado por este grupo que se haya incluido a una asociación de trabajadores autoorganizada con incidencia directa en las plataformas digitales, sino más bien se contó con la participación de la Asociación de Motociclistas del Perú (ASMOPE), que de alguna manera conocen sobre la problemática en cuestión pero que no resulta ser el actor idóneo en dicha investigación.

Más allá de lo sugestivo que puede resultar tener un activismo sindical en nuestro país, este hecho nos demuestra que es necesario y urgente empezar con múltiples campañas de difusión sobre los derechos de sindicación y negociación colectiva, siendo ambos derechos los únicos que podrán otorgar un equilibrio cuando se sabe que los actores políticos demorarán en regular esta modalidad de trabajo virtual o hasta podríamos adelantarnos en decir que nunca terminarán por regularla.

Siendo así, es evidente que estas diferentes formas de auto organizarse nos demuestran que el trabajo mediante las plataformas digitales tiene una serie de problemáticas que van desde el reconocimiento de los derechos de sindicación y negociación colectiva y llegan hasta el horizonte de querer ser nombrados como trabajadores asalariados con derechos mínimos en los ámbitos de la seguridad y salud en el trabajo y en la seguridad social; requiriéndose para tal efecto que el legislador pueda darle la importancia debida y apruebe un ordenamiento especial que ponga los primeros cimientos jurídicos en nuestro país.

3.2. La negociación colectiva como búsqueda del equilibrio entre los sujetos negociales de las plataformas digitales

La otra forma de otorgarle una solución a la problemática que nos aborda puede resultar ser tan sencilla y a su vez tan compleja, dado que no hace falta indicar que la respuesta pueda encontrarse en una reglamentación estatal que ponga fin a lo que muchos hemos denominado la precariedad laboral más grande en el mundo del trabajo. Sin duda alguna, su complejidad guarda sustancialmente una cercanía con la oponibilidad de los sectores empresariales que coexisten en esta sociedad neoliberal que denota su importancia mayormente en lo económico y difumina escrupulosamente hasta el punto de dejar en el olvido los aspectos de carácter social que tanto se ha encargado de cuidar el Derecho del Trabajo.

Como hemos indicado de forma reiterada, la sindicación y la negociación colectiva en el universo de las plataformas digitales resulta ser insípida en nuestro presente nacional, y hasta podríamos indicar que nula; debiendo considerar que prácticamente lo mismo viene ocurriendo en la mayoría de los países de la región, así como en la mayoría de los países miembros que conforman el continente europeo. No obstante, países como Uruguay en Latinoamérica o Francia en Europa en donde el Derecho del Trabajo ha sido un tema vital en sus políticas públicas –dada la fuerza vinculante que tienen sus colectivos supra

empresariales–, han comenzado a orientar cuál podría ser el sendero que genere una eficacia al derecho de la sindicación y negociación colectiva que merece este colectivo de trabajadores en nuestro país.

Por cierto, debe tenerse en consideración que para ingresar una problemática social en la agenda de un país o estado, este primero debe ser conocido y tener un grado de relevancia dentro de la sociedad y, que la misma pueda revestir su importancia en el bienestar común para que pueda ser regulado e implementado. En nuestro caso particular, es notorio que la precariedad laboral que coexiste en las plataformas digitales nos lleva a repensar que la irrupción generada por las tecnologías de la información y las comunicaciones deben cambiar el horizonte de nuestra normativa en materia laboral, teniéndose como objetivo central una regulación que abarque como mínimo el acceso a los derechos colectivos del trabajo de estos trabajadores autónomos, y si fuera posible su reconocimiento como trabajadores asalariados, suceso que en definitiva le daría una solución inmediata a lo que viene discutiéndose en el presente.

De esta forma, es importante reseñar algunos hitos de gran importancia en el mundo de las plataformas digitales como lo ocurrido en Bolonia (Italia) cuando se firmó el primer acuerdo territorial metropolitano europeo sobre plataformas digitales: “Carta de los derechos fundamentales de los trabajadores digitales en el contexto urbano”, reconociéndose, entre otros, el derecho a la salud y la seguridad a esta clase de prestadores de servicios, prescribiendo que “las plataformas asumen seguros que cubren a los trabajadores del riesgo de accidentes y enfermedades en el trabajo”, así como “ de los daños causados en caso de accidente de tráfico, también contra terceros”²⁹. Además de ello, a través de su “Carta de los derechos fundamentales de los trabajadores digitales en el contexto urbano”, se hace frente a esta situación de vulnerabilidad y precariedad,

²⁹ Informe Final de Grupo de Trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma, creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR. pp. 1-26.

reconociéndose el derecho a una tarifa por hora “justa y digna” que cada plataforma digital deberá garantizar en favor de los prestadores de servicios³⁰.

Otro hito de gran importancia para esta nueva modalidad de trabajo virtual y sistematizada, sucedió en Uruguay y Portugal, países en los cuales se estableció a diferencia de lo anterior, una normativa que regula un máximo del tiempo permitido en que se puede prestar este tipo de servicios, de ocho (8) y diez (10) horas, respectivamente, más allá de que se de en diferentes plataformas digitales.

En línea con lo visto, es innegable no cuestionarnos sobre las normas comunitarias y/o directrices que emite normalmente la Union Europea (UE) para regular las diferentes situaciones de índole legal que muchas veces se escabullen del derecho tradicional que comúnmente conocemos. Es así que, a esta gama de pactos sociales y normativas dirigidas al servicio que se brinda mediante las plataformas digitales, se suma el Reglamento (UE) 2019/1150, el cual prevé la obligación de los titulares de plataformas digitales a establecer un sistema interno para tramitar reclamaciones de los prestadores de servicios, debiendo ser de carácter gratuito y garantizando que la tramitación de lo cuestionado se resuelva dentro de un plazo razonable.

A lo dicho habría que añadir lo acontecido recientemente en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), en donde se aprobó la Ley 0071-2020 (Expediente N° 1250-D-2020) que regula la actividad de los repartidores, mensajeros y aplicaciones de delivery, que obliga a todos ellos a constituir un domicilio en la ciudad de Buenos Aires y a que los titulares de las plataformas digitales contraten en favor de los prestadores de servicios los siguientes seguros; (i) seguro de accidente de trabajo, (ii) seguro de vida obligatorio, (iii) seguro de responsabilidad civil, y (iv) seguro de accidentes personales. A esta iniciativa se agrega la creación de un registro de las operadoras digitales y los repartidores y mensajeros. No obstante, estos prestadores de servicios no recibieron cómodamente la promulgación de esta ley

³⁰ *Ibíd.*, pp. 7.

por no tener incorporado dentro de su cuerpo normativo lo referido al tan ansiado reconocimiento laboral de este colectivo de trabajadores, dando a entender en palabras del representante de la Asociación Sindical de Motociclistas, Mensajeros y Servicios (ASIMM) que *“la presente ley lo único que regula es la continuidad de una situación que precarizará la dignidad humana de los prestadores de servicios”*³¹.

Como se acaba de ver, viene originándose un escenario bastante alentador en cuanto a una regulación mínima sobre aspectos derivados de connotación jurídica laboral en las plataformas digitales como lo son las siguientes sub materias que las conforman; el acceso a estándares de aseguramiento relacionados a la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a un ingreso digno que tenga por finalidad la subsistencia familiar y el carácter alimentista, y, las bases mínimas sobre una jornada máxima de trabajo. Sin embargo, no se detalla absolutamente nada sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, entendiéndose tal premisa como la negación a la apertura de que estos trabajadores puedan solicitar mayores derechos sobre los titulares de las plataformas.

De lo expuesto, debemos felicitar lo alcanzado en los países de Francia e Italia, en donde se ha terminado por reconocer a estos prestadores de servicios el derecho a la sindicalización generando un espacio para el diálogo social entre los actores a fin de mejorar el sistema, por ejemplo, en relación a las ganancias recibidas, debiendo tener como pensamiento central al hecho de que si la tecnología digital impulsa una mayor autonomía, el sindicalismo tiene mucho para aportar³².

³¹ Blanco Gómez, D. (2020, 16 julio). Se aprobó la ley que regula a las app de delivery en la ciudad de Buenos Aires: no le podrán cobrar más de 20% de comisión a los comercios. Recuperado 1 de octubre de 2020, de <https://www.infobae.com/economia/2020/07/16/se-aprobo-la-ley-que-regula-a-las-app-de-delivery-en-la-ciudad-de-buenos-aires-no-le-podran-cobrar-mas-de-20-de-comision-a-los-comercios/>

³² Informe Final de Grupo de Trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma, creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR. pp. 1-26.

Considerando los antecedentes sobre el ánimo de construir colectivamente una calificación jurídica que los reconozca como trabajadores asalariados, es importante tener en cuenta que el sustrato físico de cualquier actividad sindical es la coincidencia de los trabajadores en un mismo centro de trabajo, y en este tipo de formas de trabajo tecnológico se dificulta enormemente la penetración del sindicalismo dado que los trabajadores se encuentran aislados de sus compañeros de trabajo, y se comunican con la empresa casi exclusivamente virtual, perdiendo con ello su identidad colectiva³³.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional desarrolla la definición de las actividades sindicales inmersas dentro del estrato jurídico de la libertad sindical, en el fundamento 26 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI:

“Se la define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Enrique Álvarez Conde [Curso de derecho constitucional VI. Madrid: Tecnos, 1999, p. 457] señala que “(...) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política”.

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.”

En el mismo orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) ha recordado que “los derechos a la libertad de reunión y asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles individuales

³³ Valle Muñoz, F. A. (2020, junio). El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 8, Edición N° 2), 7-32.

sustanciales que brindan protección contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de la sociedad democrática”³⁴. Debiendo relacionar a esta libertad de asociación con el derecho de sindicación que por excelencia en un panorama moderno como el que vivimos no debería generar limitaciones como las que existen sobre estos trabajadores autónomos frente a la tan añorada tutela colectiva –negociación colectiva– como instrumento equilibrador de las diferencias que actualmente existen en este medio digital.

Esta tutela colectiva en palabras de Américo Plá: “... *en todo el derecho del trabajo hay un punto de partida: la unión de los trabajadores, y punto de llegada: el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores. Derecho individual y derecho colectivo del trabajo son simplemente distintas sendas para recorrer el mismo itinerario*”³⁵. Siendo este relacionamiento esbozado, el que debe buscarse si se quiere dar ese punto de partida que necesitan estos prestadores de servicios para el ejercicio de la sindicalización y posterior negociación colectiva.

Asimismo, es de destacar como nuestra regulación estatal no ha resultado del todo completa, ya que deja de lado temas como la naturaleza jurídica de los instrumentos de articulación, los ámbitos de los acuerdos marco, su eficacia y ejercicio sobre los trabajadores autónomos, etc. Esto no debe ser visto como un vacío que reclama una nueva intervención legal, sino como una oportunidad para la producción de una normativa convencional que complete y perfeccione el régimen jurídico de la negociación colectiva articulada en el Perú, desplazando al protagonismo estatal en tan importante labor³⁶.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. Washington, 22 de octubre 2002.párr. 359.

³⁵ Gamonal Contreras, S., & Arellano Ortiz, P. (2018). Negociación Colectiva, autonomía y abstención legislativa. *Ius Et Praxis*, Vol. Año 24(Edición N° 3), 173-208.

³⁶ Villavicencio Ríos, A. (2015, 1 enero). La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes. *Derecho PUCP - Revista de la Facultad de Derecho*, Volumen N° 75, 333-353.

Así pues, es el caso del convenio colectivo firmado en el 2018 por una plataforma digital danesa de actividades de limpieza en hogares privados denominada “Hilfr.dk” y el Sindicato 3F³⁷. Dicho convenio evidencia que es posible la existencia de una negociación colectiva en el ámbito de las plataformas digitales. De igual importancia, en España existe un acuerdo de interés profesional suscrito por autónomos que reparten con Deliveroo y otras plataformas digitales. Tal acuerdo ofrece a los trabajadores adheridos a él, una mayor cobertura en el seguro de accidentes, cursos de formación, compensaciones en casos de extinción del contrato sin causa justificada o ser miembros de un comité de representación³⁸.

En ese sentido, decretar que el estado o los titulares de las plataformas digitales son los principales antagonistas sobre el infructuoso desarrollo de la libertad sindical en donde la tecnología nos ha invadido por completo, no resulta ser del todo correcto, cuando hemos podido observar que existen otras alternativas que han dado nacimiento a acuerdos convencionales que contrarresten la precariedad que existe en este nuevo escenario digital. Por consiguiente, creemos importante considerar a estos métodos participación colectiva como una solución temporal al difícil ejercicio de los derechos colectivos del trabajo mediante plataformas digitales.

4. Las alternativas para enfrentar la ilegitimidad de la libertad sindical y la negociación colectiva

Como ha sido indicado anteriormente, en nuestro país la legislación relacionada a la acción colectiva ha resultado ser insuficiente en el entorno de los nuevos procesos de producción, siendo específicos y en lo que concierne a la presente investigación, en

³⁷ Hale, J. (2018, 4 julio). Un convenio colectivo en Dinamarca hace historia al convertir a los “falsos autónomos” en “trabajadores con derechos”. Recuperado 1 de octubre de 2020, de <https://www.equaltimes.org/un-convenio-colectivo-en-dinamarca?lang=es#.X3kKu9xKjIV>

³⁸ Valle Muñoz, F. A. (2020, junio). El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 8, Edición N° 2), 7-32.

la famosa economía colaborativa o lo que han denominado algunos autores como el fenómeno empresarial de la “uberización”. Esta dicotomía entre los aspectos formales de los derechos colectivos del trabajo originados en su oportunidad sobre un sistema fordista y su necesaria regulación en las nuevas formas de trabajo a través de las tecnologías de la información, se encuentra imponiendo un gran reto al Derecho del Trabajo. Tan es así que, la propia OIT en su ámbito de garantizar el trabajo decente, muestra especial preocupación al realizar sendas investigaciones sobre la materia e incorporar dentro de su agenda a estos temas que se encuentran actualmente en discusión por las diferentes Cortes de Justicia a nivel mundial y, en algunos casos con resoluciones en favor del reconocimiento laboral para este grupo de trabajadores.

No obstante, en este capítulo abordaremos las vías jurisdiccionales nacionales e internacionales a fin de aclarar el panorama disruptivo que coexiste entre el trabajo mediante plataformas digitales y el ejercicio de los derechos colectivos del trabajo que, como es de conocimiento de los Estados Miembros de la OIT no debería tener discusión alguna dado el estatus especial que les confiere la propia organización a los Convenios 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva.

Siendo así, se planteará si partiendo desde la posición de la doctrina que considera a estos trabajadores como independientes o locadores, pueda evaluarse si existe una solución sobre las limitaciones que mantienen sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, utilizando mecanismos legales como el bloque de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o acudir mediante una queja ante los órganos de control de la OIT.

4.1. El bloque de constitucionalidad y su construcción internacional

Desde el ámbito interno existe un mecanismo que la doctrina se ha encargado de desarrollar desde una concepción intrínsecamente teórica que ha sido reflejada en sendas jurisprudencias de nuestro Tribunal Constitucional y realizando

interpretaciones a cada caso en concreto. Este mecanismo es el denominado “Bloque de Constitucionalidad”, el cual como su propia nomenclatura nos transmite es aquella coraza o blindaje que reforzará nuestra normativa interna que muchas veces ha resultado ser insuficiente dada las diferentes problemáticas de construcción legislativa que padece nuestro país.

Si bien es cierto, nuestra Constitución Política siempre será el referente principal al momento de resolver cualquier tipo de controversia. No obstante, dado su carácter general que en muchas ocasiones es amplificado por nuestras fuentes normativas de inferior jerarquía, es allí en donde encontramos una escasa y ambigua regulación nacional que en lo que respecta a los derechos colectivos del trabajo no esclarece si los trabajadores independientes deberían tener o no el derecho a ejercer los derechos de sindicación y negociación colectiva, muy a pesar de que la construcción legislativa internacional no hace ningún tipo de distinción sobre lo indicado.

Este aliado que complementará y reforzará la normativa de carácter nacional son los famosos tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país, debiendo permitirme señalar que la interpretación que se realice entre una fuente normativa nacional e internacional siempre buscará que los derechos fundamentales, y siendo específicos en el mundo del Derecho del Trabajo, se vean más sólidos frente a las insuficiencias o vacíos normativos que actualmente existen dado el avance de las tecnologías de la información y comunicaciones que nos viene otorgando la globalización de la economía en los diferentes procesos de producción que se han creado y otros que seguramente se conocerán en el futuro.

Lo expuesto se complementa con lo desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los expedientes acumulados 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC:

“29. Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de derechos constitucionales que está comprendido tanto por “derechos de naturaleza análoga” como por los que se infieren de los principios fundamentales.

30. Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda [de] que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”.

A partir de ello, no puede quedar duda alguna de que en nuestro país los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos tienen rango constitucional originario, por lo que, y como sostiene Ermida (2006: 15) al referirse a una cláusula similar en la Constitución uruguaya, “los derechos fundamentales proclamados en pactos declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos son constitucionales ab initio, nacen constitucionales [...]. La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo”.

De esta manera, es legítimo plantear que las normas internacionales pasen a formar parte del bloque de constitucionalidad, pues se trata de una técnica

constitucional de remisión o reenvío que permite la ampliación del contenido normativo de la norma suprema (derechos, principios y reglas) para facilitarle una permanente adecuación histórica. Siendo así, el propio mandato de la Constitución, que las normas con este rango van más allá de su articulado y acogen disposiciones de origen diverso (internacional, en este caso)³⁹.

A este propósito, nuestro máximo interprete de la Constitución ha resultado ser convincente cuando ha reconocido que los Convenios de la OIT que sistematizan el derecho de negociación colectiva integran en su conjunto nuestra regulación interna a través del bloque de constitucionalidad, tal como se aprecia de la sentencia recaída en el expediente 03561-2009-AA:

“3.2. Los convenios OIT como parte del bloque de constitucionalidad

18. Teniendo presente que los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuesto vicios de constitucionalidad de una ley sometida a control concreto y abstracto.”

Esta situación se inserta, además, en lo desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional cuando considera que las decisiones de los tribunales internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, en la medida en que precisan el contenido de las normas internacionales que interpretan y que, como ya vimos, tienen rango constitucional, lo que nos será de especial utilidad cuando se examine el valor de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT⁴⁰. Siendo relevante extraer lo señalado en la sentencia recaída en el expediente 04587-2004-AA:

³⁹ Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú*. Lima, Perú: Editorial Programa Laboral de Desarrollo.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 53.

“44. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).”

A partir de ello, no nos debe quedar ninguna duda sobre la figura hegemónica de la constitucionalización de las normas de carácter supranacional en el desarrollo y aplicación de nuestra normativa de ámbito nacional, debiendo precisar sobre lo mencionado y con el fin de disminuir cualquier resistencia en su incorporación, que estos tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos, los cuales en muchas oportunidades más allá de una complementariedad o sinergia que

generarán en la regulación interna de nuestro país, buscarán garantizar y preservar el respeto sobre los derechos fundamentales haciendo un especial enfoque en la dignidad del ser humano.

Es necesario resaltar también que las normas de carácter internacional que han sido ratificadas por nuestro país, y por ende, forman parte de ese núcleo duro de nuestra regulación nacional, no deben verse soslayados o vulnerados u opacados por normas de carácter infraconstitucionales, debiendo entenderse que de ocasionarse un hecho de tal magnitud es posible que los afectados puedan presentar una acción de amparo dado el carácter residual y extraordinario que nos confiere nuestra Constitución, siendo en última instancia, el Tribunal Constitucional, el que ejercitara el control difuso e interpretará las normas de acuerdo a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico y garantizando el respeto a los derechos fundamentales. La discusión que habitaría en este supuesto en donde existiera una divergencia entre la normativa nacional e internacional sería lo relacionado a la interpretación que se le otorgaría a cada caso en concreto, siendo muy realistas que cuando estemos ante supuestos novedosos como el que se ha originado por las tecnologías de la información y las comunicaciones estaremos ante un escenario que no será del todo claro al momento de resolver.

En este contexto, aprovechamos en indicar que la respuesta a estos argumentos y situaciones puede resultar muy alentadora cuando nos ubiquemos ante un escenario tradicional en donde todo puede estar muy claro dado que se está hablando realmente de trabajadores dependientes. Sin embargo, que podría suceder cuando nos ubiquemos del otro lado, en figuras atípicas que el propio Derecho del Trabajo no ha esclarecido del todo, es decir, no ha zanjado teóricamente si estamos ante trabajadores asalariados o si verdaderamente conservan su independencia en el desarrollo de sus actividades y, lo que es peor aún, que la idiosincrasia de nuestro propio país creería que tienen plena autonomía en la prestación de sus servicios.

Sobre lo último, es necesario recordar que el Convenio 87 de la OIT que ha sido ratificado por nuestro país y, que su vez forma parte de los derechos fundamentales de los estados miembros que conforman la OIT –como es el caso del Perú–, no realiza ninguna distinción cuando enuncia que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes. Cabe preguntarnos si no existe distinción para ejercitar el derecho de sindicación porque habría que excluirlos, si realmente está evidenciado que dicha norma supranacional debería permitirles organizarse colectivamente en tanto que su ejercicio forma parte del derecho duro aplicable a nuestra fuente normativa interna. A ello, habría que agregar el pensamiento e interpretación que nuestro país le viene dando a esa denominada frase “sin ninguna distinción”.

Al parecer, nuestra regulación obviamente cuando construyó sus normas relacionadas a los derechos colectivos del trabajo nunca se puso a pensar en la realidad que actualmente vivimos por la globalización, siendo enfáticos en los nuevos procesos de producción originados por las plataformas digitales. Claro que es necesario una nueva construcción legislativa de los derechos colectivos del trabajo que contemple la realidad que actualmente coexiste en donde cada vez más la tecnología empezará a simplificar nuestras actividades cotidianas, y por otra parte, a darle un rotundo giro al mundo del trabajo, y no por eso debemos restar o disminuir derechos que intrínsecamente debe tener todo ser humano que desarrolle un trabajo ya sea asalariado o independiente, como es el caso que nos ocupa.

A pesar del reconocido carácter diminuto de las normas internacionales en el escenario de la digitalización, creemos tener como opción viable para este grupo de trabajadores reconocidos actualmente como independientes, la recurrencia a nuestros tribunales internos con la finalidad de que se les permita el ejercicio de los derechos de sindicación y negociación colectiva, teniendo presente que el propio Convenio 87 de la OIT forma parte de nuestra legislación nacional como

ha sido desarrollado anteriormente y, de ese modo, no debería existir ningún impedimento en su reconocimiento a nivel constitucional.

Como vemos, estamos ante una figura paradigmática en donde desde un pensamiento sui generis deberíamos entender que solo los trabajadores asalariados serían los únicos que tengan el derecho a organizarse y negociar colectivamente. Sin embargo, el escenario que nos plantea las tecnologías de la información nos lleva a otro contexto en donde lo trascendental será que se garanticen los derechos que por lo menos tienen reconocidos en una esfera internacional, y ello les permita acercarse a un reconocimiento laboral en su sentido más amplio. Es decir, restringirle sobre todas las cosas el derecho a la sindicación y negociación colectiva significaría relegarlos por completo del equilibrio que se requiere en las prestaciones de servicios mediante plataformas digitales.

Si bien es cierto, esta mirada en nuestro país aún no ha sido desarrollada por algún colectivo organizado que guarde relación con las plataformas digitales ni se cree que se encuentre en el pensamiento de los mismos, a diferencia de otros países en donde hemos podido detenernos a observar que sí existe una preocupación por organizarse colectivamente y luchar por una equidad social que reduzca la precarización que coexiste en este universo de trabajadores. Esta diferencia, claro está, es evidente por el poco acceso e información que se tiene sobre los diferentes mecanismos legales o lo que resulta sorprendente, el desconocimiento de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país.

Más allá de esta consideración general, es necesario plantearnos como una posible opción, la recurrencia a los órganos internos de justicia para solicitar que se permita el ejercicio de los derechos de sindicación y negociación colectiva en este grupo de trabajadores, teniendo en consideración que sí todo prospera satisfactoriamente se habría conseguido transparentar el ejercicio de los derechos

colectivos del trabajo que se encuentran reconocido en el Convenio 87 y 98 de la OIT.

No es posible dejar de lado, que sucedería en el hipotético caso que nuestros tribunales denieguen el libre ejercicio de la libertad sindical en este colectivo y se piense que cuando se hace referencia a todo trabajador sin distinción alguna se esté pensando más en evitar actos discriminatorios de los trabajadores asalariados cuando estos quieran organizarse colectivamente y no se estén colocando en el supuesto de que los trabajadores independientes o autónomos también tendrían reconocido el derecho a fundar un sindicato, afiliarse al mismo y hasta negociar colectivamente. Es allí en donde se debe ir un paso más allá y repensar estratégicamente que otros mecanismos pueden agotarse con el único objetivo de hacer valer el ejercicio de un derecho que como su propia fuente normativa lo ha establecido no debería tener distinción cuando se ejercite el mismo.

Deriva de aquí, la recurrencia ante los Sistemas de Protección Universal que se encuentran fundados en la OIT y, sumado a este, a los Sistemas de Protección Interamericano en su ámbito regional por pertenecer nuestro país al continente americano. Ambos sistemas tienen diferentes formas en el acceso cuando se requiere que se garantice los derechos fundamentales que debe tener intrínsecamente todo ser humano.

Con todas las interrogantes que plantea la presente problemática, debemos señalar que si resulto ser complejo el solo hecho de constitucionalizar las normas supranacionales, recurrir ante los organismos internacionales lo será más aún dado que en uno de ellos se tendrá como requisito previo a ver agotado la vía jurisdiccional interna y en el otro estaremos ante un escenario que si bien no exigirá dicho agotamiento, sí dejará de entrever sus deficiencias de vinculatoriedad dado su carácter blando en las interpretaciones que realiza sobre los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

4.2. El control de convencionalidad en el seno de los órganos de control de la OIT

Como ya hemos adelantado, recurrir ante un organismo supranacional en la búsqueda de garantizar los derechos fundamentales en su sentido más amplio siempre revestirá de ciertas dificultades para acceder a éste. Esta complejidad la encontramos en lo que la jurisprudencia ha denominado como el mecanismo del control de convencionalidad, el cual presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, haciendo un especial énfasis en la entrañable aplicación del orden supranacional, aceptado por cada país y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden⁴¹.

En ese orden de ideas, es importante delimitar previamente que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos nos permite a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y su sociedad civil accionar originariamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante una petición cuando se tenga por agotada la vía jurisdiccional nacional y nos encontremos ante una vulneración de los acuerdos y tratados internacionales de derechos humanos que estén ratificados por un país en particular. Lo relevante de todo ello, es que la CIDH y a manera muy similar como los órganos de control de la OIT emiten recomendaciones a sus estados miembros para que rectifiquen su conducta en caso de haberse detectado algún incumplimiento, nuevamente encontrándonos en la esfera del derecho blando o mejor dicho ante la falta de vinculatoriedad interestatal.

No obstante, existe la posibilidad de que pueda llegar a efectivizarse un control de convencionalidad a través de este Sistema Interamericano de Derechos

⁴¹ García, D., & Palomino, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. 18 Edición N° 18 (Pontificia Universidad Católica del Perú), 223-241.

Humanos, y es justamente la recurrencia de sus estados miembros cuando son las propias naciones las que presentan las peticiones o la propia CIDH, los cuales creen relevante acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que pueda emitir una resolución en lo que se refiere a los derechos humanos supuestamente vulnerados, siendo este fallo vinculante sobre los partícipes de la controversia jurídica de orden internacional. Claro está que para que un caso pueda ser revisado por la Corte debe revestir de necesaria gravedad para que cualesquiera de los estados miembros o la propia CIDH se encuentren interesados de someter una supuesta vulneración de derechos humanos al fallo de este tribunal internacional. Es cierto que es complejo y que cada caso en concreto deberá ser revisado en aras de verificar si existe la gravedad debida e interés para someter la misma ante esta Corte.

Siendo así, es importante reseñar el “Caso Baena y otros” que fue ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en el cual se reclamó una vulneración a los derechos de asociación y de reunión por haber sido uno de los motivos que generó el despido masivo sobre un colectivo de trabajadores panameños. En esta oportunidad, inteligentemente se utilizó ambos mecanismos internacionales como parte integrante del control de convencionalidad, precisándose que las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical fueron utilizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el único fin de introducir teóricamente las vulneraciones a la libertad sindical detectadas en el presente caso y, con ello, sostener desde el análisis de la Corte un fallo vinculante que señaló la existencia de conductas antisindicales que debieran ser corregidas e indemnizadas por el Estado de Panamá⁴².

Lo anterior nos introduce en lo que el maestro Ermida Uriarte señala cuando establece que un órgano internacional es creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, y que la

⁴² Caso Baena Ricardo y otros. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf

interpretación realizada por ese órgano debe resultar vinculante para los operadores jurídicos. Por ejemplo: un país ratificante del Convenio 87 no puede interpretarlo de una manera diferente o aislada a como lo hacen el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁴³.

Es cierto que, las interpretaciones de los órganos de control de la OIT cuentan con una presunción de validez en el campo de la interpretación definitiva de la Corte Internacional de Justicia, en la medida que su Constitución abre la posibilidad de que un país que no se encuentre conforme con la determinación que realicen los órganos de control acerca de los alcances de una norma, acuda a ella para dirimir la controversia hermenéutica; lo que supone que la lectura de los órganos de control será válida y vinculante, en tanto no exista pronunciamiento de la Corte que la contradiga⁴⁴.

Ahora bien, cabe preguntarnos si pertenecer a la OIT genera un salvoconducto de igual trascendencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la pregunta evidentemente no es tan sencilla de responder y en la mayoría de casos inicialmente puede expresarse que es un mero organismo internacional de concertar normas de carácter internacional en materia de trabajo y empleo, de promoverlas y emitir recomendaciones en caso de que existan comportamientos inadecuados, lo que nos lleva a estar refiriéndonos ante un derecho blando que sí se plantea de esta forma no tendrá efectos que puedan obligar a nuestro país en el ejercicio de los derechos colectivos mediante las plataformas digitales.

De esta manera, es importante tener en consideración que tal como ocurre con el control de convencionalidad a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previamente debe conocerse cuáles son los órganos de control de la

⁴³ Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú*. Lima, Perú: Editorial Programa Laboral de Desarrollo.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 193.

OIT o tribunales de justicia, que importancia detentan en la presente investigación y, sí es posible conseguir una interpretación que pueda terminar de esclarecer si los trabajadores que prestan servicios mediante las plataformas digitales les corresponde o no el ejercicio de la libertad sindical. De principio, debe delimitarse que en cuanto a sus órganos de control se encuentran principalmente la Comisión Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (CLS), y en sinergia con estos, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dada la adscripción de la OIT como agente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Estas entidades internacionales se manifiestan a través de su control sobre el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo realizando claro esta diferentes mecanismos. El primero de ellos es el control regular, originado con ocasión de la obligación de los Estados miembros de la OIT, regulada en su Constitución, de remitir periódicamente a la Conferencia Internacional del Trabajo memorias sobre las medidas que ha adoptado para aplicar efectivamente las normas internacionales del trabajo. Estas memorias son examinadas por la CEACR, compuesta por veinte juristas de la OIT, el que elabora un informe anual derivado de dicho examen, que incluye sus observaciones sobre la aplicación de las normas internacionales de trabajo por parte de los Estados miembros⁴⁵, y el cual, será a su vez, examinado por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, una comisión tripartita compuesta por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, que selecciona los casos que estima particularmente relevantes a fin de invitar a los gobiernos involucrados a explicar y comunicar información relevante, pudiendo adoptar conclusiones y recomendaciones a los gobiernos para solucionarla o solicitar asistencia técnica de la OIT⁴⁶.

⁴⁵ Mejía Madrid, R. (2008). Los Mecanismos Especiales de Control de la Organización Internacional del Trabajo en Materia de Libertad Sindical. *Derecho & Sociedad Asociación Civil*, Volumen N° 30 (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), 112-120.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 112.

El segundo de ellos es el control originado con ocasión de la presentación de las reclamaciones y quejas por incumplimiento de las normas internacionales de trabajo, procedimientos regulados en la Constitución de la OIT. Las reclamaciones pueden ser presentadas ante el Consejo de Administración por organizaciones de empleadores y trabajadores contra cualquier Estado miembro que estimen no haya adoptado medidas suficientes para el cumplimiento de una norma internacional del trabajo que haya ratificado. Las quejas pueden ser presentadas por un estado miembro contra otro, por un delegado de la Conferencia Internacional de Trabajo o por el propio Consejo de Administración, siendo este último el que concluirá formulando recomendaciones que de no de ser tomadas satisfactoriamente por el gobierno en cuestión, se constituirá una comisión de encuesta con la finalidad de investigar las violaciones persistentes y graves que supuestamente se estaría ocasionando⁴⁷.

El tercer mecanismo de control de cumplimiento de las normas internacionales de trabajo es un mecanismo especial que, a diferencia de los previamente comentados, no tiene regulación alguna en la Constitución de la OIT⁴⁸, aunque se fundamenta en el cumplimiento de uno de los principios y derechos fundamentales del trabajo adoptados en la Declaración de la OIT del año 1998, “la libertad sindical”. Para ser más específicos nos encontramos haciendo referencia al celeberrimo Comité de Libertad Sindical (CLS) que como veremos a continuación ha tenido una gran trayectoria en cuanto a las interpretaciones sobre los Convenios 87 y 98 y, que claro está, será de vital importancia al momento analizar si corresponde que los prestadores de servicios de las plataformas digitales puedan ejercer el derecho de sindicación y negociación colectiva.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 112-113.

⁴⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (actualizado), párrafo 387. Consulta realizada el 5 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3943847,1

Así puede observarse lo señalado por el Comité de Libertad Sindical cuando desarrolla lo relacionado a los “trabajadores autónomos y profesiones liberales”:

“387. En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo, en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse.”

Aunado a ello, y en lo que concierne al Gobierno Peruano, el Comité de Libertad Sindical emite el Informe núm. 360 en el que se pide a nuestro país que informemos sobre de la evolución de la situación sindical, siendo uno de sus temas abordados lo relacionado al ejercicio de los derechos colectivos de sindicación y negociación colectiva en el grupo de personas que se encuentran bajo los alcances de la Ley de Modalidades Formativas Laborales:

“990. Trabajadores bajo modalidades formativas. El Comité toma nota de que, según las organizaciones querellantes, la ley núm. 28518 no contiene referencia alguna a la posibilidad de formar sindicatos o negociar colectivamente. Esto implica que los trabajadores bajo el alcance de esta norma se vean impedidos de formar organizaciones sindicales y negociar colectivamente. El Comité toma nota de que, según el Gobierno, los convenios firmados (contratos de aprendizaje) no están sujetos a las normas laborales vigentes, sino a las disposiciones específicas vinculadas a la promoción y formación profesional, esta atingencia resulta relevante toda vez que dichas modalidades no constituyen una relación laboral. El Comité subraya que esta cuestión ya fue tratada en el marco del examen del caso núm. 1796 y señala

a la atención del Gobierno que de conformidad con el artículo 2 del Convenio núm. 87, ratificado por el Perú, todos los trabajadores — con la sola excepción de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía — deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que en algunos casos no existe, por ejemplo, los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 254]. En opinión del Comité, las personas contratadas bajo las modalidades de convenios de formación deberían también tener el derecho de organizarse y «la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador, ya sea aprendiz o de otro tipo, no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades» [véase Recopilación, op. cit., párrafos 258 y 259]. El Comité pide pues al Gobierno que adopte las medidas necesarias para que este derecho sea garantizado a los trabajadores concernidos tanto en la legislación como en la práctica.”⁴⁹

Como se ha indicado en los sendos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, no cabe la menor duda que el Convenio 87 cuando hace referencia a la proposición “sin distinción alguna” está permitiendo en teoría que los prestadores de servicios de las plataformas digitales que no mantengan una relación laboral puedan sindicalizarse, y por ende, negociar colectivamente. La controversia la encontraríamos en la propia respuesta del Gobierno Peruano cuando al momento de dar a conocer su posición sobre la queja a la que hemos hecho referencia señala

⁴⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación - Informe núm. 360, Junio 2011, párrafo 990. Consulta realizada el 5 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:70006:0::NO:70006:P70006_COMPLAINT_TEXT_ID,P70006_PARAGRAPH_NO:2912244,990

expresamente que los únicos que tendrán permitidos los derechos colectivos del trabajo son aquellos trabajadores que mantengan una relación laboral y detenten una situación de dependencia con su empleador. Contrario sensu a las interpretaciones de las Comité de Libertad Sindical.

Si bien es cierto, la única excepción al ejercicio de la libertad sindical la encontraríamos en los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía. No obstante, nuestro país yendo aún más allá viene limitando un derecho fundamental de origen laboral cuando ello como se ha desarrollado no debería ser de ese modo. Ello nos obliga a repensar si estos pronunciamientos que emite el Comité de Libertad Sindical tienen ese carácter vinculante que pueda exigir al Gobierno Peruano a otorgarles la libertad de organizarse colectivamente en un mundo en donde las tecnologías de la información cada vez más contrarrestarán derechos laborales y se necesitarán de mecanismos como la negociación colectiva o la propia huelga para equilibrar las desigualdades que normalmente existe en las relaciones bilaterales en donde existe de por medio una fuente de trabajo.

Lamentablemente los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT en su sentido más amplio y, siendo específicos, las interpretaciones del Comité de Libertad Sindical, no forman parte del derecho duro que podría dar ese carácter vinculante que obligue a sus Estados Miembros en someterse a las recomendaciones que se formulen con el ánimo de garantizar un mínimo respeto sobre los derechos fundamentales de carácter laboral que nos pueda permitir desenvolvemos en las esferas de un trabajo decente.

Aun cuando el camino de la OIT resulta desalentador, es importante traer a colación un precedente histórico que tuvo su origen en dicha organización. Este hecho si bien no tuvo un carácter sindical pero sí una resolución controvertida en el seno de la OIT dada la queja que fue presentada en la Conferencia Internacional de Trabajo contra el Estado de Myanmar por el incumplimiento del

Convenio 29 sobre trabajo forzoso, y la inacción de éste ante las observaciones realizadas por la Comisión de Encuesta de la OIT, en el sentido de que si dicho Estado no señalaba si aceptaba o no dichas recomendaciones ni deseaba someter la queja a la Corte Internacional de Justicia, la Conferencia Internacional de Trabajo en aplicación del artículo 33 de su Constitución, el cual supuso una variedad de acciones incluyendo un llamado a los Estados miembros para reconsiderar sus relaciones comerciales con Myanmar⁵⁰.

Como puede observarse, los mecanismos internacionales no han resultado ser los suficientes de forma directa dada la naturaleza flexible y blanda que detentan sus recomendaciones, teniendo en cuenta que a diferencia de los fallos emitidos por los tribunales internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, estos solo quedarán en interpretaciones especializadas que revestirán más en un carácter reputacional sobre el comportamiento de cada Estado Miembro y como los demás estados observan dichas conductas previamente a la suscripción, por ejemplo, de tratados de libre comercio, exportaciones u otros de índole económico.

No obstante, creemos conveniente en indicar que en línea con lo indicado por el maestro Alfredo Villavicencio Rios, la solución podría encontrarse desde nuestra propia Carta Magna, la cual nos ordena a que el Estado Peruano deba garantizar la plena vigencia de los derechos humanos como lo son los derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva, más aún si estos derechos han sido reconocidos y/o ratificados por nuestro país en tratados internacionales. Así pues, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicho cuerpo normativo complementa lo descrito, señalando que la interpretación de los derechos fundamentales debe estar acorde a los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

⁵⁰ Caso Myanmar. Consulta realizada el 7 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008594/lang-es/index.htm

En línea con lo anterior, es posible reconocer que nuestra Constitución Política tiene ciertas disposiciones que nos llevarían a afirmar que el control de convencionalidad debería ser aplicado de forma directa por nuestros órganos de justicia de internos y evitar la recurrencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos como única alternativa de solución. Sin embargo, este razonamiento no ha sido adoptado por la mayoría de juristas en nuestro país, dejando de lado más bien a los órganos de control de la OIT como una especie de órgano especializado que emite interpretaciones y facilita a los Estados Miembros a que sepan cómo deben materializar los Convenios (tratados internacionales) que se encuentran ratificados.

Independientemente de lo anterior, creemos que existe una solución totalmente válida y estratégica que se necesitará para conseguir el ejercicio de los derechos colectivos del trabajo en estos trabajadores autónomos, y lo es justamente lo sucedido en el Caso Baena y otros” que fue ventilado ante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su vez ante el Comité de Libertad Sindical. Es decir, se tendrá que agotar tanto la vía jurisdiccional nacional como los mecanismos auxiliares de carácter internacional y, a su vez, recurrir a la OIT para que en su calidad de máximo intérprete de los derechos laborales de orden internacional nos pueda dar ese empujón que resultará de vital importancia para afrontar un caso como lo es el reconocimiento de los derechos colectivos del trabajo en trabajadores independientes que como bien se ha dicho no tienen una relación laboral con los empresarios de las plataformas digitales.

A todo ello, un hecho que no debemos dejar de mencionar es que hoy por hoy en nuestro país no existen colectivos organizados relacionados a prestadores de servicios de plataformas digitales ni se conoce que alguno ellos en el hipotético caso que existiesen, hubieran solicitado el registro sindical ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Esto sin duda retrasa más aun el presente escenario de precariedad laboral en dicho ámbito. No obstante, y con el fin de cerrar la idea central que ha generado la presente investigación sobre el derecho

de la sindicación y negociación en una problemática que nos ha obsequiado la globalización, debe realizarse un análisis práctico para promover la libertad sindical en este precario y confabulado mundo de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Por tal razón, este grupo de trabajadores en primer orden deben tener la intencionalidad de asociarse colectivamente con el único fin de poder constituir un sindicato que, por obvias razones y atendiendo a nuestra legislación laboral en materia de relaciones colectivas del trabajo, deben acudir al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para registrar la respectiva organización sindical y, con ello, se les otorgue la legitimidad para posteriormente puedan negociar colectivamente.

Luego de ello, y siendo bastante probable que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a pesar de que la OIT haya señalado en sendas recomendaciones (interpretaciones) que las autoridades nacionales no deben tener ningún tipo de injerencia en el desenvolvimiento de los derechos colectivos de trabajo, sea esta entidad la cual rechace de entrada la creación de una organización sindical constituida únicamente por trabajadores que ostentan la naturaleza de autónomos. Es allí, en donde se encuentra la colisión normativa que debería ser elevada ante la Corte Superior de Justicia Constitucional teniendo en claro que la defensa de este colectivo debería ir de la mano del bloque de constitucionalidad, debiendo alegar ante esta instancia un incumplimiento de nuestras fuentes normativas internacionales del cual nuestro país ha ratificado, como lo es principalmente el Pacto de San Salvador, la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios 87 y 98 de la OIT; sustentándose dicha alegación en el incumplimiento del artículo 28 y la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política de nuestro país. De forma paralela, deberá presentarse una Queja ante el Comité de Libertad Sindical con el objetivo más que todo de obtener un pronunciamiento especializado al caso en concreto, debiendo guardar el mismo para ser presentado de forma estratégica ante los

tribunales internacionales sin que ello signifique una vulneración al principio del non bis in ídem.

Entonces, de rechazarse la pretensión planteada sobre el ejercicio de los derechos colectivos del trabajo en los juzgados constitucionales, deberá recurrirse de forma extraordinaria ante nuestro Tribunal Constitucional, y si éste a su vez, confirmara lo establecido por las instancias inferiores se deberá presentar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la finalidad de obtener un informe sobre la situación relacionada a los derechos colectivos del trabajo en las plataformas digitales, la cual estará acompañada de recomendaciones hasta la adopción de medidas cautelares o solicitudes provisionales a la Corte Interamericana de Derecho Humanos. De no ser respetado lo desarrollado por la Comisión, está podrá elevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la búsqueda de darle un carácter vinculante y obligatorio a la decisión que se termine por adoptar y, del cual, nuestro país no podrá oponerse dada su ratificación en la Convención Americana de Derechos Humano.

Debe tenerse en cuenta que, para el momento en el que la Corte Interamericana De Derechos Humanos proceda a resolver la controversia y dado el tiempo que tendrá que concurrir para haber llegado a dicho tribunal internacional, es bastante probable que ya podamos contar de primera fuente con la interpretación y las recomendaciones efectuadas por el Comité de Libertad Sindical al caso en concreto, el cual deberá ponerse inmediatamente y en conocimiento de la Corte con la finalidad de que se conozca primordialmente la interpretación especializada que le otorgará el Comité de Libertad Sindical al Convenio 87.

Finalmente, se espera de forma muy similar a lo sucedido en el caso “Baena y otros” que fue ventilado estratégicamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ante el Comité de Libertad Sindical, que sea dicha Corte la que en el desarrollo de su decisión pueda traer a colación las interpretaciones

especializadas sobre el derecho de sindicación y negociación del Comité de Libertad Sindical, y consecutivamente, funde su fallo en aspectos de similares características, y con ello haber obtenido que recaiga válidamente los alcances de la libertad sindical en los prestadores de servicios de las plataformas digitales.

5. Conclusiones

Conforme a lo expuesto en la presente investigación, queda claro que la irrupción de las tecnologías de la información y las comunicaciones se encuentran creando un nuevo escenario en el mundo del Derecho del Trabajo que resulta necesario abordar con las herramientas jurídicas que tenemos e implementar las que resulten necesarias para encontrar el equilibrio jurídico. Ello con la finalidad de dejar de lado esa mirada conservadora que nos ha categorizado a los operadores jurídicos, debiendo preocuparnos más bien por garantizar en todos sus extremos un trabajo decente y una vida digna de quienes desarrollan estos trabajos que se encuentran interrelacionados con las plataformas digitales.

Sobre esta base, es importante ocuparnos de los derechos de sindicación y negociación colectiva de los prestadores de servicios de las plataformas digitales, debiendo señalar que en la actualidad los trabajadores que tienen la calificación de independientes o locadores en nuestro país lamentablemente no tienen acceso a los derechos colectivos antes descritos, a pesar de que existen normas de fuente internacional como el convenio 87 de la OIT que no se encontraría siendo aplicado correctamente dada la preferencia sobre las normas de fuentes internas como el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

Sumado a ello, debemos señalar que en teoría no debería existir ninguna problemática relacionada a la aplicación del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico nacional, respecto a las interpretaciones que otorguen los órganos de control de la OIT al Convenio 87. No obstante, es de conocimiento que en nuestro país se les ha dado un valor de recomendación a estas interpretaciones y no vinculante, como se

hubiese requerido en garantía de los derechos fundamentales de orden laboral. Los motivos obviamente podrían ser muy diversos, desde un aspecto político de corte empresarial hasta la pérdida resolutive vinculante de nuestros órganos de justicia internos.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso mencionar que, ante la insoluta aplicación de las normas de fuente internacional en nuestro país y el carácter blando de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT; la solución que ha podido advertirse es la de aplicar el bloque de constitucionalidad ante nuestros órganos de justicia nacional y, de no resultar satisfactoria dicha vía, recurrir ante las instancias internacionales en aplicación del control de convencionalidad, debiendo apoyarse en ambas instancias con las interpretaciones especializadas que pueda emitir el Comité de Libertad Sindical sobre la materia controvertida en aras de otorgarle mayor fuerza a la interpretaciones jurídicas de carácter vinculante que emitirán dichos órganos de justicia.

De otra parte, es necesario señalar que los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, han de utilizarse más que todo como herramientas de apoyo jurisdiccional dado ese carácter blando que le han otorgado nuestros órganos de justicia internos. Sobre lo cual, creemos que deberían existir cambios sustanciales que nos permitan acceder a la justicia a través de ella y no tener que recurrir ante los operadores jurídicos nacionales e internacionales que terminarán citando las interpretaciones de los órganos de control de la OIT y resolviendo de forma muy similar la controversia jurídica de carácter laboral. La primera de ellas, debería estar ligada a que la Corte Internacional de Justicia en su calidad de tribunal supremo tome una mayor participación en la interpretación de los Convenios Internacionales de la OIT y, lo segundo, que no resulte ser tan complejo acceder ante dicho Tribunal Internacional a fin de que pueda resolver cualquier incumplimiento de los Convenios ratificados por los Estados Miembros en última instancia y se obtenga el carácter vinculante.

Finalmente, conviene remarcar que mientras se tenga una interpretación errónea sobre el ejercicio del derecho de sindicación y negociación colectiva en los trabajadores calificados como independientes o locadores, los trabajadores de las plataformas digitales continuarán manteniendo un camino arduo por recorrer para acceder a los derechos colectivos del trabajo en nuestro país.

6. Bibliografía

CRUZ, Jesús

2017 “El futuro del trabajo y su gobernanza”. En CRUZ VILLALON, Jesús. *Revista Temas Laborales* núm. 137/2017. Andalucía: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. pp. 13-39

GALLARDO, Hernán

2018 “Las nuevas relaciones de trabajo en la economía *on demand*. Análisis del Caso Insigna: Uber”. En GALLARDO, Hernán. *Lecciones y Ensayos Nro. 100*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. pp. 193-211

DOMÍNGUEZ, Ana

2019 “Representación colectiva y negociación de derecho de trabajadores en plataformas”. En DOMÍNGUEZ MORALES, Ana. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 29. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 63-85

VOSS, Eckard y RIEDE, Hannah

2018 “Digitalización y participación de los trabajadores: la opinión de los sindicatos, los trabajadores de empresa y los trabajadores de plataformas digitales de Europa”. En VOSS, Eckard y RIEDE, Hannah. *Editorial: Syndicat Europeaeen Trade Union*. pp. 1-171

VILLAVICENCIO, Alfredo

2015 “La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes”. En VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Perú: *Editorial Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho. Vol. N° 75.* pp. 1-293

VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés

2020 “El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales”. En VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales de Derecho del Trabajo.* Italia: ADAPT University Press. pp. 7-32

PASTOR, Alberto

2018 “Representación de los trabajadores en la empresa digital”. En PASTOR MARTÍNEZ, Alberto. *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo Vol. 5.* Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona: Institut d’Estudis del Treball. pp. 111-122

ARCE, Elmer

2019 “Plataformas Digitales y Derecho Laboral”. En ARCE ORTIZ, Elmer. *Revista Análisis Laboral, Vol. XLIII N° 500.* Lima: AELE. pp. 42-43

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2019 “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”. En ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *OIT, 2019.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. pp. 1-170

TODOLÍ, Adrián

2015 “El impacto de la “Uber Economy” en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. En TODOLÍ SIGNES, Adrián. *IUSLabor 3/2015*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. pp. 1-25

CARRIZOSA, Esther

2018 “Lifelong learning e industria 4.0. Elementos y requisitos para optimizar el aprendizaje en red”. En CARRIZOSA PRIETO, Esther. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales de Derecho del Trabajo*. Italia: ADAPT University Press. pp. 38-63

SANGUINETTI, Wilfredo

2008 “Los Instrumentos de Gestión Laboral Transnacional de las Empresas Multinacionales: Una Realidad Poliédrica Aún en Construcción”. En SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho & Sociedad Asociación Civil, Volumen N° 46*. Perú: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 217-227

YEYATI, E.L.

2018 “Después del trabajo: El empleo argentino en la cuarta revolución industrial”. En YEYATI, E.L. Estados Unidos: Editorial Penguin Random House. pp. 1-352

LOPEZ, Diego

2002 “Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente”. En LOPEZ F., Diego. Chile: Editorial Labouragain Publications. pp. 1-17

BUSTAMANTE, Mariano

2019 “Flexibilidad laboral y economía colaborativa, mutualismos modernos”. En BUSTAMANTE GARCÍA, Mariano. *Tesis de Postgrado*. Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. pp. 1-141

HOWE, Jeff

2006 “The rise of Crowdsourcing”. En HOWE, Jeff. Estados Unidos: Wired Magazine. pp. 176-179

GAUTHIER, Gustavo

2017 “Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber”. En GAUTHIER GUAZZONI, Gustavo. *Revista Derecho del Trabajo* N° 8. Argentina: La Ley. pp. 1531-1549

ARMAS, Gustavo

2018 “El Consumo digno y los negocios de app de taxi (caso Uber)”. En ARMAS MORALES, Carlos Eduardo. *Revista Pensamiento Crítico*, Vol. 23 – N° 01. Perú: Facultad de Ciencias Económicas UNMSM. pp. 97-120

GAMONAL, Sergio y ARELLANO, Pablo

2018 “Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa”. En GAMONAL, Sergio y ARELLANO, Pablo. *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3. Chile: Universidad Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. pp. 173-208

VILLAVICENCIO, Alfredo

2010 “La libertad sindical en el Perú”. En VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Perú: Editorial Programa Laboral de Desarrollo. pp. 1-293

MEJÍA, Renato

2008 “Los Mecanismos Especiales de Control de la Organización Internacional del Trabajo en Materia de Libertad Sindical”. En MEJÍA MADRID, Renato. *Derecho & Sociedad Asociación Civil*, Volumen N° 30. Perú: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 112-120

GARCÍA, Domingo y PALOMINO, José

2013 “El control de convencionalidad en el Perú”. En GARCÍA BELAUNDE, Domingo y, PALOMINO MANCHEGO, José. *Revista Pensamiento Constitucional Vol. 18 N° 18*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 223-241

ALONSO, Isabel

2019 *Medios de control del empresario en el ámbito laboral en relación con el desarrollo de las nuevas tecnologías*. Tesis de licenciatura en Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Segovia: Universidad de Valladolid, Campús Público María Zambrano, Facultad de Ciencias Sociales, Jurisdicción y de la Comunicación y de la Comunicación.

WOODCOCK, Jamie

#Slaveroo: Deliveroo Drivers Organising in the ‘Gig Economy’. Consulta: 30 de septiembre de 2020.

<https://novaramedia.com/2016/08/12/slaveroo-deliveroo-drivers-organising-in-the-gig-economy/>

VITOR, João

Huelga de repartidores, una nueva forma de organización en la lucha de los trabajadores. Consulta: 30 de septiembre de 2020.

<https://rebellion.org/huelga-de-repartidores-una-nueva-forma-de-organizacion-en-la-lucha-de-los-trabajadores/>

BLANCO, Daniel

Se aprobó la ley que regula a las app de delivery en la ciudad de Buenos Aires: no le podrán cobrar más de 20% de comisión a los comercios. Recuperado 1 de octubre de 2020. Consulta: 01 de octubre de 2020.

<https://www.infobae.com/economia/2020/07/16/se-aprobo-la-ley-que-regula-a-las-app-de-delivery-en-la-ciudad-de-buenos-aires-no-le-podran-cobrar-mas-de-20-de-comision-a-los-comercios/>

HALE, Julian

Un convenio colectivo en Dinamarca hace historia al convertir a los “falsos autónomos” en “trabajadores con derechos”. Consulta: 01 de octubre de 2020.

<https://www.equaltimes.org/un-convenio-colectivo-en-dinamarca?lang=es#.X95HZMjtxYe>

