

El trabajador autónomo

(De la dependencia jurídica a la dependencia económica)

Elmer Arce Ortiz

Profesor de derecho laboral
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. EL OBJETO TRADICIONAL DEL DERECHO LABORAL: EL TRABAJO DEPENDIENTE Y POR CUENTA AJENA

Según se ha dicho, la función histórica del derecho del trabajo ha sido la de superar el conflicto de intereses existente entre trabajadores y empresarios dentro de la empresa. Como es lógico, esta función histórica sólo se entiende necesaria cuando el trabajador pone a disposición del empresario su actividad de modo permanente y continuado, ya que cuando el trabajador vende a otro (cliente) un resultado o un bien concreto, por lo demás, fruto de su trabajo, los puntos de conflicto de intereses disminuyen ostensiblemente. Obsérvese, mientras en el primer caso pueden surgir conflictos personales de todo tipo (problemas en la contratación, durante la ejecución y la extinción del contrato, accidentes y riesgos a la salud, límites al poder de dirección empresarial, límite a la jornada, etc.) además de conflictos económicos (protección y garantía de la remuneración), en el segundo caso surgen sólo conflictos económicos (básicamente, determinación del precio del bien a vender).

Ejemplos paradigmáticos de lo que se dice son los siguientes. En el primer caso, es obligada la referencia a un obrero quien somete su actividad al poder de dirección de otro (empresario). La actividad al ser permanente crea múltiples conflictos personales y económicos que han de ser superados por el Derecho del Trabajo (vg., determinación de la prestación, límites al *ius variandi*, derecho al

descanso, representación colectiva, pago de la remuneración, etc.). En el segundo caso, tendríamos a un campesino que siembra y cosecha durante todos los días del año, para luego vender sus productos a un tercero que no conoce, llamado cliente. Aquí, obviamente, no hay puesta a disposición de una actividad permanente al cliente, sino de la venta de un producto final de su trabajo. El conflicto de intereses puede ser pecuniario, pero nunca podrá extenderse a reivindicaciones de tipo personal. Es por eso, que estos conflictos económicos están regulados por leyes civiles o mercantiles.

Ahora bien, estos ejemplos extremos sólo nos sirven para graficar una idea: que el fin del derecho del trabajo se relaciona con los conflictos de intereses nacidos en el marco de una cesión de actividad por parte del trabajador de modo permanente. Sólo en este ámbito puede cumplir su funcionalidad histórica.

Sin embargo, también se ha dicho que junto a esta función histórica del derecho del trabajo (superación del conflicto dentro de la empresa), éste tiene una función de contenido político. La inclusión social que apunta a dotar a todos de mecanismos socioeconómicos eficientes para el libre desarrollo personal dentro de la sociedad. El Derecho del Trabajo busca también dotar de instrumentos adecuados a todos los trabajadores para alcanzar la ansiada igualdad sustancial o igualdad de oportunidades (objetivo primordial de todo estado social de derecho, cuyas bases se asientan en el artículo 44 Constitución). Ello, no sólo implica acceso a recursos económicos suficientes para el trabajador, sino también, y sobre todo, alcanzar un status pleno de ciudadano (derechos de información, derechos de participación política dentro y fuera de la empresa, protecciones sociales, etc.). De esta forma, el derecho laboral tiene un importante rol social en nuestro estado de derecho a efectos de construir la figura del nuevo hombre: trabajador y ciudadano.

Así, el obrero de nuestro ejemplo anterior accederá al programa de inclusión social del Derecho del Trabajo, pero, sin embargo, nuestro campesino se quedará fuera. Y esto es lógico, en la medida que el Derecho del Trabajo atiende a una relación conflictiva de mayor entidad y de desarrollo plural. No obstante, lo que no es lógico es que se abandone a su suerte al campesino. El objetivo de inclusión social cuenta para todos los peruanos, porque es un fin del derecho social y no sólo

del derecho del trabajo: En esta línea de pensamiento, me parece que el objetivo de igualdad sustancial o de oportunidades debe penetrar también en el derecho civil y mercantil. Las cláusulas abusivas o los desequilibrios de poder contractual cuando perjudiquen al campesino del ejemplo o al contratante débil, deben ser aspectos a tomar en cuenta por el Código Civil o el Código de Comercio.

En fin, no es este el momento para reflexionar acerca de la actuación del derecho social en el derecho privado, sino que pasamos a ocuparnos de un tema más limitado: ¿hasta qué punto el ámbito de operatividad del derecho del trabajo le permite solucionar todos los conflictos sociales surgidos entre prestadores de servicios y empresarios?. En otras palabras, fuera de las fronteras del derecho laboral, ¿los trabajadores autónomos no tienen intereses que entren en conflicto con intereses empresariales?

1.1. Los elementos esenciales del contrato de trabajo

La protección que brinda el Derecho del Trabajo va a operar en el marco del contrato de trabajo. Según nuestro artículo 4 LPCL, «en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado». De este modo, el trabajador comprometerá sus servicios personales de manera voluntaria y dentro del ámbito de dirección de un empresario, a cambio de una remuneración.

Con estas pautas, analicemos cada uno de los requisitos que integran el concepto de la relación jurídico laboral amparada por la LPCL.

1.1.1. Prestación personal de servicios

El servicio prestado en el marco de un contrato de trabajo debe ser brindado por una persona física. Ello debe leerse en el sentido de que la labor debe ser desempeñada de modo personal y directo por el trabajador, es decir, debe ser éste quien preste el servicio sin intermediarios.

Se entienden excluidos por este requisito, aquellas personas que no comprometen sus servicios. Esto es, aquellos que comprometen resultados por ejemplo a través de un contrato de obra de naturaleza civil.

1.1.2. Prestación voluntaria

Los servicios prestados por el trabajador son ofrecidos al empresario en libertad plena. No cabe coaccionar a un trabajador a ofrecer sus servicios, a riesgo de que el contrato celebrado en estas circunstancias se convierta en nulo de pleno derecho. Como todo trabajador, tendrá derecho de decidir si trabaja o no, con quién trabaja y en qué actividad lo hace¹.

1.1.3. Dentro del ámbito de organización de un empresario

El trabajador ha de prestar el servicio a otro, a un empresario, y es éste último el que debe asumir el riesgo de la actividad empresarial. El éxito o fracaso económico de la empresa, no enerva al empresario de sus obligaciones laborales. Así, cumplida la prestación del trabajador, el salario se encuentra garantizado, sea cual fuere el resultado de la actividad dirigida por el empresario². Además, el trabajador ha de estar sometido al poder de dirección del empresario, lo que quiere decir que éste organizará y fiscalizará la prestación del primero e incluso podrá sancionarlo cuando detecte un incumplimiento de sus disposiciones. Hay que tener en cuenta que la dependencia relevante para el derecho laboral es la jurídica (poder organizar, fiscalizar y sancionar), mas no la dependencia técnica o de recursos económicos. De este modo, el empresario ejerce su poder directivo cuando programa las fechas y horarios en que se cumplirá la labor, el lugar de ejecución del servicio, dispone las funciones concretas a realizar por el trabajador, supervisa el cumplimiento de sus órdenes, impone una suspensión o despide a un trabajador, etc., muy al margen de la autonomía técnica o de acción, con que cuenta el trabajador en el desarrollo de

¹ Sobre la nota de libertad que impregna el contrato de trabajo, ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Madrid, 1995. pp. 38 y 39.

² Para Sala Franco el salario sería «una compensación económica garantizada», que no queda afectada por el riesgo de la actividad empresarial. SALA FRANCO, Tomás y otros. Derecho del trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 203.

sus labores, o muy al margen de que el trabajador necesite económicamente trabajar o no.

En consecuencia, quedan excluidas las prestaciones de servicios que se realizan en forma independiente o autónoma. Por ejemplo, mediante el contrato de locación de servicios, un transportista con su vehículo propio puede ayudar a distribuir sus mercancías a distintas empresas.

1.1.4. A cambio de una remuneración

La actividad laboral, además de otros fines espirituales y culturales que también puede revestir, debe perseguir claramente un fin económico o productivo³. Desde el momento que se emprende la labor, el trabajador deja de realizar su servicio desde una lógica lúdica, recreativa o de mero ocio, y lo hace con el fin de obtener una ventaja patrimonial. El pago en dinero o en especie que el empresario le hace, se lo hace en retribución a su prestación de servicios. Por ello, una persona no encaja dentro del ámbito de aplicación de la LPCL, si el servicio tiene sólo fines no productivos (benéficos, por ejemplo) o si el empresario sólo compensa ciertos gastos (como ocurre por ejemplo, en la entrega de vestimenta apropiada para el cumplimiento de la labor, pago de movilidad y en general todo monto que no constituya beneficio ni ventaja patrimonial para el trabajador).

1.2. Los autónomos y su exclusión del ámbito de protección del derecho laboral

Por contraste al tipo legal del contrato de trabajo, que hace girar su protección alrededor del elemento subordinación o dependencia, en la otra orilla del río están los trabajadores autónomos. A estos últimos, precisamente, se les aplica la normativa civil o mercantil, en cuanto se presume que hay un equilibrio material o económico entre los contratantes. Sin embargo, no sólo eso, la normativa civil o mercantil regula sólo aspectos referidos al nacimiento del contrato (sobretudo, en cuanto a la

³ NEVES MUJICA, Javier, Introducción al derecho laboral, Lima, PUCP, 2003. pp. 18- 20.

determinación del precio y del bien) y a las responsabilidades por eventuales incumplimientos de las partes, sin reparar en otros intereses que pueda tener quien presta una labor⁴.

En consecuencia, si un trabajador está dentro del ámbito de protección del Derecho Laboral su status jurídico estará garantizado por una legislación que parte de presuponer el desequilibrio de poder de las partes y que busca superar todos los conflictos sociales que nazcan; mientras, si un trabajador es autónomo se regirá por una normativa común que ni asume el mencionado desequilibrio ni detecta los conflictos sociales existentes.

Ahora bien, el marco regulador del derecho civil puede ser funcional para regular ciertas categorías de trabajadores autónomos, no obstante el error está en creer que el concepto de trabajador autónomo es un concepto unitario. Por el contrario, dado que existen muchas personas que cumplen labores productivas, esto es con el fin de obtener una utilidad económica, fuera del ámbito organizativo y de dirección de un empresario, debemos concluir de entrada que el concepto de «autónomo» emana de un dato negativo. Repárese, serán autónomos todas aquellas personas que trabajan sin estar sometidas a poder de dirección alguno.

Desde este punto de partida, será trabajador autónomo el hijo que trabaja en el negocio de su padre (exclusión prevista en la segunda disposición transitoria y final de la LPCL), la esposa que trabaja en el negocio de su esposo (segunda disposición transitoria y final de la LPCL), el pintor de óleo que pinta un cuadro para ofrecerlo al público una vez terminado, el campesino que cosecha sus productos agrícolas y los lleva él mismo al mercado para venderlos, el técnico en computación que es llamado semanalmente por una empresa usuaria para que realice el mantenimiento permanente a sus computadoras, el dueño de una pequeño taller automotriz que realiza las mismas labores que sus trabajadores, el abogado de un estudio o el médico que atiende a sus pacientes en su consultorio, el campesino que se compromete con un gran supermercado a proveerle cada 15 días un lote de 1000

⁴ GARCIA MURCIA, Joaquín. La problemática laboral del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente. En: REDT, número 126, abril-junio 2005, p. 24.

manzanas de una determinada calidad, el taxista con su propio auto, el ambulante, el limpia carros, etc.

Todos estos ejemplos están al margen de la protección del Derecho del Trabajo y, por desgracia, gozan de un marco regulador unitario basado en principios civiles o mercantiles. Digo «por desgracia», porque el legislador ha sido insensible a las diferencias. Obsérvese, puede que normas relativas a la determinación del precio y del bien importan al pintor que, mediante un contrato de compraventa, vende su cuadro a un eventual cliente en un mercado. O, puede que estas normas civiles o mercantiles sirvan a un pintor que se obliga frente a un cliente a entregarle un cuadro en el plazo de tres meses, con sus propios materiales y realizado en su propio estudio. Sin embargo, lejos de la regulación de relaciones jurídicas esporádicas, estas normas no sirven para abordar conflictos sociales que emergen en relaciones jurídicas permanentes o continuadas⁵. Los conflictos que se manifiestan en estas últimas, configuran trabajadores autónomos más cercanos a la realidad que regula el Derecho Laboral que a la realidad que regula el derecho común.

Vamos a poner un ejemplo para graficar lo que se ha dicho. Tomemos el caso del técnico en computación que es llamado semanalmente por una empresa usuaria para que realice el mantenimiento permanente a sus computadoras. Para ello, el técnico en computación se acercará todos los lunes, miércoles y viernes al centro de trabajo de la mencionada empresa. No quedan dudas que este técnico en computación será un trabajador autónomo, por cuanto él mismo organiza su prestación y dispone de material de trabajo propio, sin embargo, la relación permanente que mantiene con la empresa cliente hace que afloren otros intereses distintos a los que regulan las normas civiles o mercantiles (determinación del precio y bien). Por ejemplo, si sufre un accidente mediante una descarga eléctrica por incumplimientos legales de seguridad imputables a la empresa usuaria, es lógico que esta última deba asumir la responsabilidad social correspondiente como si se tratara de un trabajador más. Otro ejemplo. Si el mantenimiento de computadoras es la actividad profesional principal de este técnico y, además, depende

⁵ CRUZ VILLALON, Jesús, Propuestas para la regulación del trabajo autónomo. En Documentación Laboral, revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo y trabajo autónomo, número 73, 2005. volumen I, p. 35.

económicamente casi de modo exclusivo de la empresa usuaria a la que acude tres veces a la semana, ¿no sería lógico pensar que este trabajador autónomo necesita de mecanismos rápidos y eficaces para reclamar el pago de sus servicios?. Esta dependencia económica al empresario/cliente, ¿no lo coloca en una relación similar a la de cualquier trabajador subordinado?

En fin, lo que debe quedar claro es que la regulación del derecho civil o mercantil no cuenta con los elementos adecuados para actuar en la solución de conflictos existentes al interior de las distintas categorías de trabajadores autónomos. Como ya se puso de manifiesto, uno de esos ejemplos es precisamente el caso de alguien que realiza un servicio personal, que constituye su medio económico de subsistencia y que se extiende continuamente en el tiempo.

Por último, a pesar de las diferencias notables que existen entre los trabajadores autónomos, no se puede olvidar que todos los trabajadores autónomos al depender económicamente de sus labores revisten cierta debilidad en el panorama social. Es por eso, que habrá de involucrarlos por fuerza en el programa de inclusión social de nuestro estado social de derecho. Al igual que los trabajadores dependientes tienen derecho a gozar de una igualdad de oportunidades en todo sentido, los trabajadores autónomos también tienen ese derecho.

2. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LOS AUTÓNOMOS EN EL MERCADO DE TRABAJO PERUANO

No vamos a negar que esta opción del ordenamiento, que deja a la legislación civil o mercantil la regulación del trabajo autónomo como un todo, tuvo su sentido quizá en un tiempo bastante remoto. A lo mejor, hace unas décadas atrás los principales trabajadores autónomos fueron los profesionales liberales (abogados, médicos, dentistas, etc.). Los pocos abogados o médicos que instalaban sus oficinas o consultorios atendían a sus clientes de modo autónomo. Muchos de ellos, incluso, no dependían económicamente del ejercicio de la profesión porque tenían otros ingresos.

El problema es que hoy en día las profesiones liberarles se han «proletarizado»⁶, generando un fenómeno inverso al anterior. Los actuales profesionales liberales dependen económicamente de sus labores. Tanto es así que no son pocos los abogados que trabajan de manera dependiente o los que trabajan desde sus estudios casi exclusivamente para una empresa.

Pero el ensanchamiento de la población de trabajadores autónomos en el Perú no se puede explicar sólo desde este ejemplo. Según estadísticas de OIT el 35,6% de la población económicamente activa (PEA) son trabajadores independientes⁷. Es decir, uno de cada tres personas que trabajan en el Perú lo hacen en situación de autonomía. No obstante, el problema de este dato es que no se categoriza a los trabajadores autónomos y nuevamente se les encierra en una misma bolsa.

A pesar de este límite de información, creo que las explicaciones a este fenómeno han de encontrarse fundamentalmente en dos causas.

La primera, por la aplicación de medidas de externalización o de descentralización productiva en las empresas peruanas. Las nuevas tecnologías y la revolución comunicativa, como ya se dijo, han acelerado el proceso de desmembración de las grandes empresas⁸. Y no sólo se han formado pequeñas empresas, sino que en muchos casos se ha subcontratado a personas físicas independientes para que cumplan ciertas labores. El motivo más importante que se esconde tras estas decisiones es el ahorro en el gasto. Por ejemplo, a una gran empresa le será más rentable económicamente hablando contratar por medio de una consultoría a un contador público, que atiende las consultas desde su oficina,

⁶ El profesor Cruz Villalón ha dado cuenta de este fenómeno. Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, Jesús. El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado. En: AAVV (dirigidos por Jesús Cruz). Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Madrid: Tecnos, 1999. p. 185.

⁷ Vid., Organización Internacional del Trabajo. Panorama Laboral 2006, Lima, OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2006, cuadro 6-A (para Perú en el año 2005).

⁸ Similar apreciación se tiene en otras partes del mundo. Recientemente, comentando la realidad española, el profesor Juan GORELLI ha señalado que «la utilización del trabajo autónomo es una realidad que ha sido resaltada por la doctrina laboral, siendo considerada como una de las consecuencias propias de la descentralización productiva». GORELLI HERNANDEZ, Juan. La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva. Madrid: Grupo Difusión, 2007. p. 100.

que por medio de un contrato de trabajo. Si lo contrata como un trabajador dependiente tendrá que asumir los costos de su formación y el pago de sus beneficios sociales, en cambio, si lo contrata como un trabajador autónomo no tendrá estas cargas sociales.

Pero, al lado de esta desmembración empresarial ha corrido en paralelo un proceso de proliferación del trabajo artesanal para medianos o grandes supermercados. Personas físicas elaboran determinados productos y luego los colocan en estas grandes superficies. No es ningún secreto que prestigiosas empresas de muebles y enseres del hogar subcontratan a personas del Parque Industrial de Villa el Salvador para que les confeccionen muebles a pedido. Incluso, en muchos casos, las grandes empresas les prohíben que reproduzcan los mismos modelos para otros clientes. Como puede deducirse, esta relación entre empresas de distribución y talleres artesanales ha de suponer un repunte del número de trabajadores autónomos.

La segunda, y creo que es la que mejor explica la situación peruana, es la que tiene que ver con la necesidad de buena parte de la población de «inventar un trabajo para sobrevivir». La economía peruana al estar posicionada en la periferia del capitalismo contemporáneo, no tiene ni logra captar suficiente capital como para crear muchos puestos de alta productividad y alta inversión por trabajador. Este ejército permanente de trabajadores excedentes se ve obligado a buscar su propio trabajo⁹. Ejemplo de lo que se dice son los taxistas, los ambulantes, los limpia carros, cargadores de equipajes de turistas en lugares como Cuzco, carretilleros de mercados, lustrabotas, etc.

Sin duda, esta segunda causa rompe con el esquema de trabajador autónomo que ofrece sus servicios a otro de modo continuado o permanente, pues en este tipo de trabajo autónomo se ofrecen servicios para un público indeterminado. Si se mira bien, no hay duda de que se trata de una persona que presta sus servicios de modo personal y directo y de cuyas utilidades depende económicamente su

⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. Informalidad, derecho y derecho social. En: AA.VV. Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Compendio de ponencias del primer congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 71.

subsistencia, pero también hay que notar que su prestación no satisface a un solo cliente, sino a todo un amplio mercado. Esta distinción será clave de cara a plantear regulaciones diversas para los trabajadores autónomos o independientes.

3. AUTÓNOMOS E INFORMALIDAD

Es muy común que en trabajos de investigación y estadísticas se incluya dentro de los números de la informalidad al trabajo autónomo o independiente. Esta conclusión, que en parte puede ser cierta tampoco puede admitirse sin matiz alguno. Me explico, es cierto que los taxistas, los ambulantes, los limpia carro, etc., no van a tener un contrato con cada cliente esporádico y menos aún van a reportar sus ingresos a la administración tributaria para efectos del pago de impuestos, por lo que en su mayoría encajarán dentro del concepto de trabajadores autónomos informales, sin embargo, no se puede negar que otros trabajadores autónomos sí podrán actuar dentro del marco de la formalidad.

Por ejemplo, regresando al caso del técnico en computación que trabaja todos los lunes en el mantenimiento de las computadoras de la empresa usuaria del servicio, puede ocurrir que tiene firmado un contrato de locación de servicios y emite recibos por honorarios para el pago de impuestos. O, piénsese, por ejemplo en un abogado que desde su oficina se ocupa de las cobranzas coactivas de un banco que tiene un contrato de obra o de locación de servicios y paga sus impuestos.

De este modo, no se puede simplificar el análisis y reconocer en todos los trabajadores autónomos a actuales o futuros informales. El concepto de informalidad puede coincidir en algunos casos con el de los trabajadores autónomos, pero es un concepto distinto¹⁰.

¹⁰ Hecha esta aclaración, lo que sí hay que resaltar es que el número de trabajadores independientes o autónomos informales es muy superior al de los trabajadores independientes formales. Según cifras recientes de la Organización Internacional del Trabajo, los trabajadores independientes informales llegan a constituir el 32,5% de la PEA, mientras sólo el 3,1% de la PEA son trabajadores independientes formales. Es decir, salvo un grupo muy pequeño de trabajadores por cuenta propia, que deben coincidir en su mayoría con profesionales liberales (abogados o médicos), la gran mayoría de trabajadores independientes trabajan en el marco de la informalidad. Sobre el particular, Vid., Organización Internacional del Trabajo, Panorama Laboral 2006, Lima, OIT/ Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2006, cuadro 6-A (para Perú en el año 2005).

De otra parte, también se debe distinguir a los trabajadores autónomos de los «falsos autónomos». Muchas veces, los trabajadores dependientes son contratados fraudulentamente cuando en realidad debieron suscribir un contrato de trabajo. Resulta muy significativo que muchos estudios de abogados limeños contraten a sus abogados mediante contratos de locación de servicios. Más todavía, cuando éstos trabajan en las oficinas del estudio, cumplen un horario, reciben órdenes del estudio, es el estudio quien dispone los casos y las consultas que analizarán cada abogado, etc. Me parece que aquí estaríamos frente a otro tipo de informalidad, en la medida que la formalidad (contrato de locación de servicios) es sólo aparente¹¹.

4. CONCEPTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO Y SUS DIFERENTES TIPOS

Llegados a este punto, creo que podríamos ensayar una tipología tentativa de los trabajadores autónomos en el Perú. Para este efecto, vamos a diseccionar el concepto de trabajador autónomo utilizando dos cortes que nos permitan agruparlos ordenadamente. Uno, basado en el concepto de ajenidad de la labor, a efectos de distinguir los casos en que el trabajador autónomo trabaja para sí mismo o, en su defecto, lo hace por encargo de un tercero. Dos, basado en la permanencia o continuidad del vínculo jurídico que el trabajador autónomo tiene con su cliente.

Antes de hacer la disección mencionada no está demás reincidir en el hecho de que todos los trabajadores autónomos, han de cumplir, por lo menos, tres requisitos: actividad profesional cumplida de modo personal y directo, autonomía en su organización y propietario de sus instrumentos de trabajo y depender económicamente de la actividad profesional mencionada¹². Si no los cumplen no

¹¹ ARCE ORTIZ, Elmer. Informalidad... p. 76.

¹² Nos acogemos a la definición que desde hace tiempo acuñó Jesús Cruz: «Por una parte, se suele tratar de prestaciones de servicios efectuadas de manera personal y directa por el sujeto vinculado contractualmente, al tiempo que suele ser la actividad básica de este sujeto y, por consiguiente, de la que obtiene su medio principal de subsistencia. De otra parte, concurren de forma aislada alguno de los elementos que suelen tomarse como sintomáticos de la presencia de una prestación laboral –sometimiento a instrucciones, control del trabajo realizado, sistema predeterminada de cuantificación de la contraprestación económica-, pero con ausencia absoluta de otros datos. Todo ello, da un resultado final de dependencia económica, que no jurídica, del contratante que desarrolla el servicio y, sobre todo, de marcado desequilibrio en cuanto a la fuerza contractual de las partes de la relación jurídica». CRUZ VILLALÓN, Jesús. El proceso... p. 184.

serán considerados trabajadores autónomos. Tal sería el caso de un técnico electricista que en sus ratos libres se dedica a pintar cuadros para algunas personas allegadas y por los cuales cobra una determinada suma de dinero, pues la pintura no es la actividad profesional en la que se sustente su subsistencia. Y, ¿en qué momento se entiende que una persona dependa de una determinada actividad profesional?. Se podrían incluir criterios cualitativos, como que el 75% de los ingresos sean consecuencia de tal actividad profesional, o también dejar esta cuestión a la decisión razonada del juez en el caso por caso.

4.1. Trabajadores autónomos por cuenta propia

En este tipo de relaciones jurídicas, la labor realizada se hace por cuenta propia. O dicho en otros términos, la labor se cumple para sí mismo. Es el caso del pintor o del campesino que no trabajan por encargo de otro, sino que tanto el cuadro como la cosecha de productos agrícolas entran en la esfera de su propiedad. Eso sí, como dependen económicamente de estas actividades, el cuadro o los productos agrícolas serán vendidos con posterioridad a eventuales clientes.

Otro caso que encaja en el supuesto de trabajadores autónomos por cuenta propia es el del hijo que trabaja en el negocio familiar dirigido por su padre. Aquí, puede haber subordinación jurídica, pero se considera que el hijo está trabajando para sí mismo (para la unidad familiar).

Estos tipos de trabajadores autónomos por cuenta propia asumen lógicamente el riesgo del éxito o fracaso de su labor.

4.2. Trabajadores autónomos por cuenta ajena con vínculo esporádico

En segundo lugar, ubicamos el grupo de trabajadores autónomos que cumplen una labor por encargo de un tercero (cliente), sin embargo su clientela es indeterminada. Son aquellas personas que trabajan para el público en general o para un mercado abierto. Aquí, tenemos el caso de un taxista que recorre la ciudad buscando eventuales y esporádicos clientes o el de un ambulante que trabaja en la calle vendiendo caramelos a los transeúntes.

Algunos profesionales liberales o trabajadores especializados en determinados servicios también pueden formar parte de este segundo grupo. Tal es el caso de un abogado o de un médico que absuelven consultas en sus propias oficinas a diversos clientes. Lo mismo pueden recibir una consulta particular de cada cliente de forma esporádica.

Como se ve, sus actividades profesionales son cumplidas de modo personal y directo, en un ámbito organizativo propio y reciben un pago a cambio de su labor del cual depende económicamente. Son trabajadores autónomos sin duda, aunque sus labores son prestadas a un público o clientela indeterminada.

Es aquí, precisamente, donde una incipiente legislación peruana ha tratado de operar. El método legislativo utilizado no ha sido el de regular conjuntamente a todo este grupo de trabajadores autónomos, sino el de regular a colectivos específicos. Por ejemplo, tenemos el Decreto Supremo 005-91-TR que no hace otra cosa que reconocer al trabajador ambulante la calidad jurídica de trabajador autónomo ambulatorio (artículo 1). También en el año 2001, la Ley 27475 regula la actividad de los trabajadores lustradores de calzado, que no hace otra cosa que encargar a los gobiernos locales la capacitación, promoción y protección de los llamados «lustrabotas». Por su parte, la Ley 25047, que otorga algunos beneficios laborales (goce del descanso vacacional y el pago de la compensación por tiempo de servicios) a los trabajadores estibadores terrestres, transportistas manuales en carretillas y triciclos, que laboran en los mercados, terminales terrestres de la República o en establecimientos análogos, que no dependan exclusivamente de un solo empleador¹³.

Es interesante ver que existe cierta preocupación de parte del legislador por este tipo de trabajadores autónomos, sin embargo, también es cierto que no hay una visión integral del problema. La regulación de colectivos puntuales, junto a normas con fines difusos, requieren una reflexión inmediata.

¹³ Paradójicamente, hasta la fecha no se ha emitido el Decreto Supremo que regule la forma en que estos trabajadores autónomos gocen de estos derechos.

Por último, mención aparte merece el caso de la Ley 27607 llamada «Ley del porteador». Para los efectos de la ley, el porteador es la persona que con su propio cuerpo transporta vituallas, equipo y enseres de uso personal y otros bienes necesarios para expediciones con fines turísticos, deportivos o de otra índole. Pues bien, en este contexto el artículo 2 de la citada Ley señala «el porteador es el trabajador independiente que presta servicios personales de transporte de carga, bajo contrato del trabajo en la modalidad de servicio específico (...). Su régimen tributario es el de cuarta categoría». La verdad que la redacción del artículo es un poco confusa, pero no se puede negar que el porteador que contacta directamente con sus clientes esporádicos es un trabajador independiente. Con lo cual, concluimos que el porteador es un trabajador autónomo. Sin embargo, lejos del espíritu de la Ley, el Reglamento de la misma considera trabajador autónomo al porteador que presta sus servicios a empresas encargadas de la organización, operación, conducción y administración de los grupos de turistas (agencias de viajes, hoteles, empresa de turismo de aventura, etc.). Es decir, un Reglamento está deslaboralizando una prestación donde el porteador está sometido al ámbito de organización y de dirección de una empresa. Cuando trabaja para una empresa es un trabajador dependiente y no un trabajador autónomo. Este Decreto Supremo 010-2002-TR es abiertamente ilegal.

4.3. Trabajadores autónomos por cuenta ajena con vínculo permanente (TAPE)¹⁴

El tercer grupo al que nos referimos es un grupo peculiar de trabajadores autónomos. Lo es, porque es el grupo más cercano a la realidad de los trabajadores dependientes protegidos por el derecho laboral. En este caso, la labor se presta a un tercero (cliente), pero de modo permanente o continuado. De esta manera, afloran en el prestador del servicio ciertos intereses que nunca han sido abordados

¹⁴ En España, estos trabajadores son conocidos como TRADE (trabajadores autónomos dependientes económicamente de un mismo empresario/cliente). En Italia, son conocidos como «parasubordinados». Y en Alemania, como «cuasitrabajadores». Al respecto, una breve síntesis de estas opciones legales puede encontrarse en MONTTOYA MELGAR, Alfredo, Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el derecho del trabajo. En Temas Laborales, número 81, 2005. pp. 37- 39. También puede revisarse el texto de CALVO GALLEGO, Javier. Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación. En: Temas Laborales, número 81, 2005. pp. 67- 71.

por el derecho civil o mercantil. Como ya se dijo, protección por eventuales accidentes, garantías para el pago rápido y efectivo de su retribución, extinción del contrato justificadamente, etc.

Ejemplos de este grupo se encuentra en el pintor que se compromete con un tercero a entregarle un cuadro cada mes durante un año. Sólo se compromete a la entrega, porque la realización de la labor se hará desde su estudio de pintura. Nótese, hay prestación de servicios personal y directa, en régimen de independencia y se entiende que el dinero ganado le servirá fundamentalmente para su subsistencia.

Lo mismo se puede decir de la relación jurídica permanente entre un campesino y un supermercado: si tiene que proveerle de 1000 manzanas cada 15 días. O, también, de un abogado que es contratado por una empresa para absolver todas las consultas de derecho civil desde su estudio jurídico. Lo que resalta en esta clase de trabajadores autónomos es la continuidad de la relación jurídica.

Creo que no hace falta reflexionar mucho para darnos cuenta que, a pesar de la autonomía jurídica que gozan (no se someten a ningún poder de dirección), son los trabajadores autónomos que ofrecen sus servicios o actividad a otro sujeto, los que se encuentran tipológicamente más cerca del Derecho Laboral. Incluso, esta afirmación hay que entenderla más intensa cuando el trabajador autónomo cumple sus servicios en el centro de trabajo de la empresa o en el lugar que ésta disponga. Por ejemplo, el mensajero que es llamado cada vez que se le necesite por una empresa usuaria para que reparta la correspondencia para sus clientes. Es cierto, que realizará una labor independiente (no tiene un horario, opera con sus propios instrumentos técnicos, no tiene una oficina en la empresa usuaria, realiza labores de mensajería a otros clientes, realiza el reparto a su discreción, etc.), pero también es verdad que realiza un servicio personal, que constituye su medio económico de subsistencia y que se extiende continuamente en el tiempo con la misma empresa¹⁵.

¹⁵ «Aún contando con autonomía para el desarrollo de la prestación, su iniciativa empresarial está limitada por el hecho de desarrollar casi en exclusiva una prestación para una concreta y determinada.../

Habrán otros que su conflicto es más de tipo económico (como por ejemplo, el campesino que vende sus productos en el mercado), pero nadie puede negar que los trabajadores autónomos que ofrecen sus servicios o actividad a otro de modo permanente (TAPE) van a tener intereses de tipo personal/profesional como tienen los trabajadores dependientes. A lo mejor, estos intereses personales no van a aflorar en contraposición a un poder de dirección que no existe sobre ellos, pero sí en puntos claves como la extinción justificada de los contratos de prestación de servicios, protección de su seguridad y salud frente a accidentes laborales, protección y garantía del pago por sus servicios más aún si depende de ellos para vivir, etc.

Este grupo de trabajadores no cuenta con regulación en nuestro país, por lo que también se les aplican automáticamente las normas civiles o mercantiles. Este panorama es grave, por dos motivos. Primero, los TAPE no cuentan con una regulación que proteja sus intereses personales/profesionales. Segundo, al encontrarse fuera de la frontera del Derecho del Trabajo, aunque muy cerca de la línea de límite con el trabajo dependiente, es muy fácil que estas figuras desreguladas (los TAPE) fomenten la deslaboralización de ciertas relaciones jurídicas. Me explico, si por una parte tengo el contrato de trabajo que ofrece una protección dura, entonces será más rentable utilizar estas «figuras autónomas de frontera» que no cuentan con ninguna regulación protectora.

4.4. Trabajadores/empresarios por cuenta ajena

Si bien en los tres grupos anteriores las personas que laboran son trabajadores que no cuentan con trabajadores a su servicio, en este cuarto grupo de trabajadores autónomos se incluyen a personas que laboran para un cliente desde su propia empresa y, además, dirigen y organizan la actividad de otros trabajadores.

Es cierto que se trata de empresarios cuya condición, en principio, debiera ser incompatible con la de trabajador, sin embargo, téngase en cuenta que estos

/...empresa. De nuevo, este elemento pone de manifiesto la dependencia económica que tiene este peculiar autónomo. Por último, es imprescindible que el trabajo desarrollado se realice de manera personal». GORELLI HERNANDEZ, Juan. Op cit. p. 106.

«empresarios» cumplen con los requisitos sociológicos de los trabajadores autónomos: actividad profesional cumplida de modo personal y directo, autonomía en su organización y propietario de sus instrumentos de trabajo y depender económicamente de la actividad profesional mencionada.

Su inclusión o no como trabajadores autónomos es, sin duda, un acto de opción legislativa, pero hay que atender al dato de que estos «empresarios» están más cerca de ser trabajadores dependientes económicamente de su actividad profesional, que de ser simples directores de una organización empresarial. Me parece que estos pequeños empresarios están en la misma situación que los demás trabajadores autónomos y, por ende, merecen una protección y promoción por vía legislativa.

El trabajador/empresario por cuenta ajena es la persona que presta sus servicios en su misma empresa de reducidas dimensiones (léase, microempresas), junto a sus propios trabajadores. Por ejemplo, un empresario, dueño de un taller automotriz, que contrata a sus operarios (trabajadores dependientes del taller) y que junto a ellos presta servicios a sus clientes. Nótese que, precisamente, debe trabajar personal y directamente en el taller, porque de las utilidades del negocio depende fundamentalmente su sobrevivencia.

5. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PERSONAL Y PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

En consecuencia, creo que la conclusión no puede ser otra que la necesidad de regular el ámbito de los trabajadores autónomos. Debe criticarse la opción legal que pretende dejar a la ley civil o mercantil la regulación de estos trabajadores por ser insuficiente. La función política del derecho social, que hasta hace poco era bandera de lucha sólo de los trabajadores subordinados o dependientes, hoy también debe extenderse a la reivindicación de los trabajadores autónomos. Es decir, los trabajadores autónomos también tienen derecho a la inclusión social y al respeto de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, el crecimiento acelerado del número de trabajadores autónomos en la población económicamente activa peruana si bien confirma la necesidad de

regularlos jurídicamente, dispara dos preguntas de difícil solución. Primero, ¿es necesario crear un estatuto jurídico propio que diferencie a los trabajadores autónomos de los subordinados? Segundo, ¿es posible crear una misma regulación para todos los trabajadores autónomos?

Vamos por partes e intentemos dar nuestra opinión a cada una de estas cuestiones.

En primer lugar, las opciones de interconexión de la eventual regulación de trabajadores autónomos con las actuales leyes laborales han sido diversas. La doctrina ha planteado soluciones que van desde la desaparición del elemento subordinación como elemento tipológico del Derecho Laboral hasta la inclusión de los trabajadores autónomos en el Derecho Laboral bajo la fórmula de un régimen especial.

Discrepo con ambas soluciones doctrinales, por cuanto implicarían el comienzo del fin del derecho laboral. Me explico, si el derecho del trabajo deja de regular las prestaciones de servicios subordinadas y se extiende hacia las prestaciones de servicios autónomas, entonces aquél tendrá que reducir su protección por fuerza¹⁶. La legislación amplia de la prestación de servicios regularía los derechos de los trabajadores hacia la baja, a efectos de que los trabajadores autónomos también puedan gozar de protección en este «todo unitario». Recuérdese, incluso, que muchos trabajadores autónomos no tienen siquiera una contraparte permanente, por lo que la intensidad del conflicto de los trabajadores subordinados no es equiparable con la suya. Por otro lado, no puede ocurrir el fenómeno inverso: porque si los autónomos son regulados como subordinados, dejarían de ser autónomos.

Como se ve, quienes más perderían son aquellos que hoy en día trabajan para otro bajo su organización y dirección, en la medida que ellos gozan de la protección reforzada del derecho laboral.

¹⁶ Una crítica a esta propuesta, se puede encontrar en MONTOYA MELGAR, Alfredo. Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo. En: AAVV (dirigidos por Jesús Cruz). Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Madrid: Tecnos, 1999. pp. 69- 72.

Del mismo modo, y entrando a la segunda propuesta doctrinal, a pesar de que la inclusión de los trabajadores autónomos dentro de un régimen especial laboral evita este perjuicio para los trabajadores subordinados, me parece una opción de política legislativa equivocada. Y ello, porque los únicos trabajadores autónomos que podrían ingresar en el régimen especial por su gran semejanza con los trabajadores subordinados son los TAPE¹⁷. ¿Y qué pasa con los otros tipos de autónomos?. ¿Se quedarían sin protección los taxistas, los ambulantes, los porteadores, los estibadores terrestres, etc.? En realidad, se quedarían sin protección normativa por no prestar su actividad profesional a otro de modo permanente, aun cuando dependan económicamente de la realización personal y directa de su labor.

En fin, siguiendo la experiencia legislativa española, alemana e italiana, los trabajadores autónomos deberían gozar de una Ley General propia, distinto a la legislación laboral que se ocupa de los trabajadores dependientes. Creo que ésta es la opción más acertada, por cuanto dotaría a los trabajadores independientes de una legislación que atiende principios específicos de este tipo de relación jurídica¹⁸.

En segundo lugar, tras admitir que lo mejor será crear un Estatuto para los trabajadores autónomos, sobreviene la pregunta de si es posible crear una sola regulación para todos los trabajadores autónomos. Me parece que esta pregunta ha sido respondida en páginas anteriores: «es irreal que se invente un tipo unitario para todos los trabajadores autónomos». Por el contrario, cada tipo de trabajador autónomo debe tener prescripciones específicas en orden a sus intereses propios. Por ejemplo, un TAPE puede tener con su cliente múltiples puntos de conflicto en atención a su labor realizada de modo permanente; mientras, un trabajador autónomo que presta su servicio a un público indeterminado (vg. un limpia carros en la calle) tendrá menos puntos de conflicto con su cliente. Mientras al primero puede interesarle ciertas protecciones frente a su cliente permanente como puede ser una garantía al crédito retributivo; al segundo, a lo mejor, puede interesarle un programa de apoyo estatal para impulsar su incipiente actividad empresarial.

¹⁷ Esta propuesta ha sido defendida por SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los trabajadores autónomos, hacia un nuevo derecho del trabajo*. Madrid: Cinca, 2004. pp. 110 y ss.

¹⁸ A la misma conclusión llega CRUZ VILLALON, Jesús. *El trabajador autónomo: nuevas realidades, nuevos retos*. En: *Revista Temas Laborales*, número 81, 2005. p. 16. Véase también: GORELLI HERNANDEZ, Juan. Op. cit. pp. 114- 115.

Quizá lo más razonable sea establecer dos tipos de redes de protección del trabajador autónomo. La primera, una red de protección general a todos los trabajadores autónomos a modo de «tronco común», buscando extenderles la aplicación efectiva de los derechos constitucionales. Ejemplo de ello, será la prohibición del trabajo infantil, prohibición de la discriminación, protección de la seguridad y salud laboral, garantía y protección de la retribución económica, etc. La segunda, otra red o redes de protección específica que se dirijan a determinados tipos de trabajadores autónomos con el objeto de proteger intereses muy particulares. Por ejemplo, en el caso de los TAPE se puede exigir al cliente permanente que respete los límites temporales de la jornada o que justifique la extinción de la prestación de servicios o, también, en el caso de trabajadores/empresarios de microempresas se puede poner mayor énfasis en políticas públicas de ayuda para la promoción y desarrollo de proyectos empresariales autónomos.

Con estas precisiones, pasamos a dibujar en líneas generales lo que podría ser un régimen normativo de los trabajadores autónomos en el Perú.

6. DERECHOS QUE INTEGRAN LA RED DE PROTECCIÓN GENERAL: LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Una vez admitido que el ámbito de operatividad de un posible Estatuto del Trabajador Autónomo debe extenderse a todo tipo de persona que cumpla su actividad profesional de modo personal y directo, con autonomía en su organización y que sea dependiente económicamente de la actividad profesional mencionada, tiene que aceptarse que la red de protección general debe abarcar a todos los trabajadores autónomos sin distinción. Es aquí, precisamente, donde la función política del derecho social no puede enfocarse o encasillarse en determinadas categorías de trabajadores, sino que debe llegar hasta la última persona que realiza una actividad profesional y de la cual depende económicamente.

En el marco del Estado Social de Derecho, que prescribe nuestra Constitución Política, es necesario que los derechos constitucionales tengan aplicación efectiva a todos los ciudadanos. A lo mejor, resulta más fácil exigir al empleador de un trabajador subordinado el cumplimiento de los derechos fundamentales en la relación

de trabajo, en la medida que se identifica al sujeto responsable de una conducta. Sin embargo, aunque los trabajadores independientes o autónomos no cuenten con una contraparte empleadora, también tendrán derecho a que se respeten sus derechos fundamentales.

Es cierto que los trabajadores autónomos tienen cabida en la seguridad social, en la medida que el propio artículo 10 de la Constitución señala que «el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida». Los trabajadores autónomos no son afiliados obligatorios a ningún sistema previsional o de salud, pues tienen la consideración de afiliados potestativos o facultativos. Es decir, ellos mismos deciden su afiliación y efectúan directamente sus aportes. Sin embargo, por depender de su voluntad, la tasa de afiliación es bastante baja en nuestro país¹⁹. En todo caso, una nueva regulación de la protección social de los trabajadores autónomos debería atender a su creciente importancia en la realidad, brindándoles mayores facilidades de afiliación y de cotización. Por ejemplo, debería permitirse en el régimen de pensiones la suma de años de aportes como trabajador asalariado (dependiente) y como autónomo. También, deberían establecerse reducciones en las cotizaciones de determinados colectivos de trabajadores autónomos cuya debilidad social es patente (jóvenes, mayores de 45 años, discapacitados, etc.) y, a la vez, aumentarse a los trabajadores/empresarios autónomos, atendiendo a su distinta capacidad de ahorro.

¹⁹ Basta analizar las estadísticas que nos muestra la Oficina de Normalización Provisional (ONP) sobre inscripciones de asegurados facultativos al Sistema Nacional de Pensiones. Según revela esta fuente, entre los trabajadores independientes que se inscriben como facultativos y los que recuperan esa condición bordean las 12000 (doce mil) personas en el año 2006. Y en los años anteriores, las inscripciones fluctúan entre los 11000 y los 12000 (Verificar estos datos en www.onp.go.pe/estadisticas). Asimismo, los afiliados potestativos al sistema de Entidades Prestadoras de Salud no llegan a constituir ni el 2% de los afiliados obligatorios (Fuente: Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, verificar la información en www.seps.gob.pe/estadisticas). Finalmente, donde el número de trabajadores independientes supera el 10% de los afiliados es en el régimen de pensiones privado (AFPs). Por ejemplo, en el último trimestre de 2005 el número de trabajadores independientes afiliados llegó a 31% y en el segundo trimestre del 2006 llegó a su pico más alto (44.6%), no obstante en el tercer trimestre del mismo 2006 este número descendió a 6.2%. Creo que este fenómeno se puede explicar en la medida de que el número de trabajadores dependientes que se afilia a este sistema de pensiones cada vez se reduce más, por lo que automáticamente aumenta el porcentaje de trabajadores independientes que se afilian por primera vez a una AFP (verificar estos datos en www.sbs.gob.pe/estadisticas/financiera).

A pesar de estas críticas es en la seguridad social donde se ha atendido de mejor manera la realidad de los trabajadores autónomos, ya que la operatividad de otros derechos constitucionales ha sido muy pobre. Al contrario, se observa una profunda diferencia entre garantía de derechos fundamentales para trabajadores subordinados y garantía de derechos fundamentales para trabajadores autónomos. Por ejemplo, uno de los signos principales del mundo actual es la abolición del trabajo infantil²⁰. Pues bien, las normas laborales y, en especial, el Código de los Niños y Adolescentes, cuentan con disposiciones, garantías y mecanismos de control que evitan la contratación de trabajadores menores de edad. Incluso, para el caso de los trabajos no prohibidos para menores de edad, se establecen procedimientos excepcionales para obtener permisos judiciales. Ahora bien, no obstante esta realidad, vemos en las calles muchos niños trabajando como autónomos. O, incluso, vemos muchos niños trabajando en negocios familiares de forma continuada y habitual, donde no se aplican las normas laborales. Es decir, la realidad parece convencernos de que la lucha contra el trabajo infantil no hay que enfocarla solamente en el trabajo subordinado, sino más bien en el trabajo autónomo²¹. Me parece que un Estatuto del trabajador autónomo que prohíba el trabajo infantil en el Perú no estaría creando nada nuevo, pues, al contrario, reforzaría las vías de protección del Estado Social de Derecho y dirigiría las políticas de apoyo estatal a sectores marginados con mayor éxito.

Junto a la problemática infantil, considero de máxima importancia para los trabajadores autónomos el desarrollo de cuatro derechos fundamentales: el mandato de no discriminación, la protección de la seguridad y salud laboral, la tutela de sus intereses colectivos y la garantía de pago de la retribución. Veamos muy sucintamente cada uno de ellos.

²⁰ Esta tendencia ha llegado a tener expresión internacional. Entre otros Tratados de derechos humanos que se ocupan de la prohibición del trabajo de menores, destacan el Convenio 138 de la OIT, sobre edad mínima, y el Convenio 182 de la misma OIT, sobre las peores formas del trabajo infantil.

²¹ CRUZ VILLALON, Jesús. Propuestas... p. 37.

6.1. El mandato de no discriminación

La Constitución peruana en su artículo 2.2 señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Pues bien, este mandato constitucional hasta hace muy poco fue protección exclusiva de los trabajadores subordinados. Se hablaba sobre todo de la prohibición de discriminación en la relación de trabajo (al ingreso, durante la ejecución del contrato y en su extinción). Sin embargo, de un tiempo breve hasta aquí esta tendencia histórica de la legislación peruana ha sufrido una evidente corrección: poco a poco extiende el mandato de no discriminación a relaciones jurídicas ajenas al derecho laboral.

Es cierto que falta mucho para configurar una protección eficaz de los trabajadores autónomos contra actos discriminatorios, pero pongamos dos ejemplos que confirman esta tendencia correctiva.

El primero, tiene que ver con la interdicción de la discriminación en las ofertas de empleo (Ley 26772). La ley protege a toda persona que quiera acceder a un empleo o a medios de formación educativa contra la imposición de requisitos que constituyan anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato (artículo 1). Sin duda, el paraguas protector de esta norma hay que entenderlo aplicable a los casos en que trabajadores autónomos (sobre todo, TAPE) pugnan por realizar una actividad profesional para un empresario/cliente.

El segundo ejemplo tiene que ver con la prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley 27942). Como se sabe, el artículo 22 de dicha ley señala que «si el acto de hostigamiento sexual se presenta en una relación no regulada por el Derecho Laboral, la víctima tiene el derecho al pago de una indemnización por el daño sufrido, la cual se tramita en la vía civil en proceso sumarísimo». Es aquí donde se incluiría a los trabajadores autónomos. A lo mejor, esta prescripción debería perfeccionarse en el sentido de crear mecanismos de investigación y sanción para el hostigador y alejarse así de una función meramente resarcitoria, pero nadie puede negar que este es un primer paso.

De todos modos, estos ejemplos muestran solo un incipiente cambio de tendencia legislativo, cuyo proceso de consolidación puede acelerarse con la aprobación de una eventual Ley General del Trabajador Autónomo. Me parece que también debería trabajarse mucho la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, en el acceso a programas de apoyo estatal a proyectos empresariales de trabajadores autónomos.

6.2. La protección de la seguridad y salud laboral

Tradicionalmente se ha dicho que al ser el trabajador autónomo quien organiza su trabajo, utiliza sus propias herramientas y ostenta la titularidad del centro de trabajo, es él el llamado a autoprotegerse, sin embargo, hemos visto que los TAPE o que incluso los trabajadores/empresarios autónomos pueden prestar sus servicios en el centro de trabajo del empresario que los contrata. En estos casos, es evidente que los trabajadores autónomos no han de tener el dominio absoluto de todos los elementos materiales que potencialmente generan un riesgo.

Es aquí, donde la visión resarcitoria del derecho civil nuevamente fracasa. No basta pagar una indemnización económica por los daños causados al trabajador autónomo, cuando éstos pudieron evitarse mediante el cumplimiento de la empresa cliente de normas relativas a la prevención de riesgos. Repárese, quien controla los elementos organizativos y materiales es el empresario cliente y no el trabajador autónomo.

Nuestra normativa ha avanzado muy poco en este sentido. El artículo 61 del nuevo Reglamento de seguridad y salud en el trabajo (Decreto Supremo 009-2005-TR) se preocupa básicamente del supuesto en que los trabajadores de la empresa A desarrollan actividades de forma conjunta con trabajadores de otra empresa B (contratista). Es decir, el empresario principal (empresa A) asume la responsabilidad de la coordinación en materia de seguridad y salud tanto para sus trabajadores como para los trabajadores de la empresa contratista. Sin embargo, esta concepción excluye del deber de coordinación al empresario principal cuando contrata con trabajadores autónomos. Imaginemos que un TAPE es contratado por un empresario cliente. Como el TAPE no tiene trabajadores a su servicio,

entonces no opera el artículo 61 del Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo. Igual comentario se puede hacer respecto al trabajador/empresario de una micro empresa, pues los deberes de coordinación del empresario principal se extenderían a sus trabajadores excluyéndolo directamente a él.

Como se ve, es necesario imponer al empresario cliente del trabajador autónomo unos deberes mínimos de protección y de información sobre los posibles riesgos que pueden desencadenarse en la empresa. Asimismo, se tendrá que habilitar a la inspección de trabajo para que vigile el cumplimiento de estos deberes que ahora se proponen.

No obstante, también hay que tener en cuenta que el trabajador autónomo al organizar él mismo su labor puede originar riesgos para los trabajadores del empresario cliente (empresario principal). Por eso, los trabajadores autónomos al igual que el empresario que los contrata, deberían tener auténticos deberes en materia de seguridad y salud laboral.

Por último, como dice SAGARDOY, aun cuando no presten servicios en el mismo local de la empresa que los contrata, los TAPE pueden estar amenazados por distintos riesgos. Tal es el caso de la protección de la seguridad y salud de los teletrabajadores²².

6.3. La tutela de sus intereses colectivos

En la actualidad, a nadie puede sorprender que los trabajadores autónomos se organicen para la defensa de sus intereses económicos o profesionales. Dentro de cada tipo de trabajador autónomo hay intereses que sólo pueden tener mayor fuerza en el ámbito de reivindicación colectiva. Hoy en día sabemos de la formación de asociaciones de mototaxistas en varias ciudades del país y sabemos también de la iniciativa emprendida por la CATP (Central Autónoma de Trabajadores del Perú) por promover asociaciones de trabajadores autónomos.

²² SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. Op. cit. p. 131.

Como es lógico, estas iniciativas sociales se mueven en un terreno jurídico poco claro. La Libertad sindical tradicionalmente se ha entendido como un derecho propio de los trabajadores dependientes que se regulan por el derecho laboral. Es más, el artículo 28 de la Constitución si se interpreta desde el método sistemático por ubicación es lógico que excluya a los trabajadores autónomos de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, esta interpretación tradicional del artículo 28 de la Constitución también ha sido corregida. No olvidemos que el artículo 6 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se refiere confusamente a las organizaciones de trabajadores no dependientes, permitiéndoles registrarse como organizaciones sindicales y regirse por lo dispuesto en la ley de relaciones colectivas. Digo «confusamente», porque el mencionado artículo se refiere a «organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo...». Es ilógico que exista un trabajador independiente en el marco de una relación jurídico laboral, pero ello no puede desconocer el interés del legislador por extender el derecho de libertad sindical a los trabajadores autónomos.

Me parece que este punto de inicio debe consolidarse con una regulación más profunda. El creciente número de trabajadores autónomos en el mercado de trabajo peruano obliga a no sólo a reconocerles el derecho de libertad sindical, sino también a imponerles ciertos derechos a sus organizaciones. Es decir, se debe promover la formación y el registro de sindicatos de trabajadores autónomos e incluso se debería permitir que un TAFE se afiliara a una organización sindical de trabajadores dependientes, con el fin de que también se respeten procedimientos formales de negociación o los límites a las huelgas en servicios esenciales. Hay que crear un régimen jurídico de contrapesos.

6.4. La garantía de cobro de la retribución

Tras admitir que los trabajadores autónomos dependen económicamente de los ingresos que obtienen de su actividad profesional, deberían arbitrarse garantías de cobro de las retribuciones. Si la supervivencia de él y de su familia depende del pago que efectúa el empresario cliente, entonces el trabajador autónomo está en

una situación similar a la de un trabajador subordinado. Tal consideración debe aplicarse para todos los trabajadores autónomos, sin desconocer la mayor importancia que este tema tiene para los TAPE y los trabajadores/empresarios de microempresas.

Nuestra legislación no ha desarrollado esta línea, por lo que será necesario trabajar al menos en cuatro frentes. Primero, establecer procedimientos rápidos y efectivos para reclamar el pago de la retribución al empresario cliente, haciendo un símil con la protección que la LPCL otorga al trabajador por la vía del cese de hostilidad. Segundo, reconocer que la retribución económica que gana el trabajador autónomo es un crédito privilegiado en el caso de concurso de obligaciones empresariales, tal como lo hace el artículo 24 de la Constitución respecto de la remuneración del trabajador subordinado. En tercer lugar, prever mecanismos de responsabilidad solidaria para los casos de subcontratación de trabajadores autónomos. Por ejemplo, no pocas veces el empresario principal (empresa A) contrata directamente a otra empresa (empresa B), para que a su vez esta última contrate al trabajador autónomo quien prestará su actividad profesional en la empresa A. En este encadenamiento de contrataciones debería aplicarse la responsabilidad solidaria entre empresa A y la empresa B²³. Y, por último, debería imponerse un porcentaje mínimo de inembargabilidad de la remuneración y también de sus instrumentos de trabajo, como sucede en el caso de los trabajadores dependientes.

Finalmente, mucho más discutible puede ser la imposición de una Retribución Mínima Legal (RML) para el trabajador autónomo. De un lado, es complicada esta propuesta porque sólo podría aceptarse para el caso de los TAPE (los demás autónomos no tienen una contraparte empresarial de modo permanente). De otro

²³ En otra ocasión ya nos hemos ocupado de demostrar cómo la garantía de la responsabilidad solidaria a la que se refiere la Ley 27626, Ley que regula los supuestos de intermediación laboral y subcontratación entre empresas, sólo se aplican a unos pocos negocios jurídicos. A saber, en cuanto a la subcontratación entre empresas, los que tengan que ver con actividades accesorias o no vinculadas al giro de la empresa y los servicios de alta especialización. Por el contrario, todos los negocios jurídicos comprometidos por personas naturales (como es el caso de los autónomos) o los negocios jurídicos distintos a los regulados por la Ley, estarán excluidos de la responsabilidad solidaria. Sobre el particular, ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2006. pp. 51 y siguientes.

lado, el mismo TAPE puede realizar su actividad profesional simultáneamente para varios clientes, por lo que una RML podría generar una no deseada vinculación con un solo empresario cliente.

7. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS DEPENDIENTES COMO EJEMPLO DE UNA RED DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA

En paralelo a la protección de la red general, o de aplicación a todos los trabajadores autónomos, una posible Ley General del trabajador autónomo debería crear otros cinturones de protección específica para ciertos casos donde las circunstancias así lo ameriten. Y en esta línea, me parece importante establecer reglas especiales para los TAPE. La razón: su gran semejanza con los trabajadores subordinados.

Como ya se dijo, los trabajadores autónomos que prestan su labor a otro de forma permanente o continuada (TAPE), son los trabajadores autónomos que más intereses conflictivos tienen con su cliente. Para empezar, la relación continuada de su labor para un mismo empresario cliente, ya los pone en una situación conflictiva sensiblemente mayor a los autónomos que tienen clientes esporádicos y ostensiblemente menor a los trabajadores subordinados regulados por el derecho laboral. Es decir, se encuentran en una especie de limbo entre ambos grupos, por lo que su situación debería tener un tratamiento particular.

Sin ánimo de agotar un tema tan amplio y tan debatible, sólo quiero dar unas cuantas ideas que a mi concepto deben integrar este cinturón de protección específica.

En primer lugar, si la diferencia de los TAPE con los trabajadores subordinados es tan sutil, esto es, la autonomía organizativa de unos frente a la dependencia organizativa de los otros, la jurisdicción competente para calificar una relación jurídica de TAPE ha de ser la laboral. No importa que tengan un contrato de obra o de locación de servicios, en la medida que será un juez de trabajo el encargado de detectar o descartar los indicios de subordinación jurídica. Creo que esto evitaría la utilización de los TAPE como un medio para eludir la legislación laboral, puesto

que el juez de trabajo cuenta con más herramientas para desenmascarar la presencia de una relación laboral tras un contrato de naturaleza civil. Además, el hecho de que el juez de trabajo realice la evaluación evitará que en el caso que se califique una relación como TAPE, el trabajador autónomo tenga que iniciar una nueva demanda ante un juez civil por ejemplo. El juez laboral que califique la relación como de TAPE o como laboral, podrá ordenar el cumplimiento inmediato de las obligaciones empresariales.

En segundo lugar, a pesar de que el TAPE ha de firmar un contrato de naturaleza civil o mercantil, una posible regulación debería exigir que este contrato cumpla con determinar no sólo el objeto profesional y las características de la autonomía del trabajo, sino también la duración, lugar, la jornada, las causales de extinción y la retribución pactadas. Esto obligará a un reacomodo del sistema de fuentes, pues antes que los requisitos impuestos por la legislación civil o mercantil deberán aplicarse los que señale la Ley General del trabajador autónomo.

Asimismo, el contrato debería formalizarse por escrito y el empresario cliente debería estar obligado a informar al TAPE de todo lo relativo a su prestación de servicios. Quizá, ante la inexistencia de contrato escrito o ante la inexistencia de cláusula de duración del contrato, debería presumirse que la relación del TAPE es por tiempo indefinido.

En tercer lugar, hay una creencia muy extendida de que los autónomos, al organizar ellos mismos su labor, autodeterminan su jornada de trabajo, así como sus periodos de descanso. Me parece que si esto puede confirmarse en la mayoría de trabajadores autónomos, no es tan claro en el caso de los TAPE. Los TAPE muchas veces firman contratos sucesivos por largas temporadas sin que existan límites a las jornadas ni periodos de vacaciones. Por un lado, dependen económicamente de esos ingresos y, por otro, el empresario cliente no está en la obligación de otorgarles descansos. Creo que el trasfondo del problema es que no se aborda la materia desde la protección de la seguridad y salud del TAPE²⁴. Entiéndase, si para un trabajador subordinado es pernicioso trabajar más de 8

²⁴ En el mismo sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. Op. cit. p. 133.

horas diarias o 48 horas semanales, ¿por qué no lo sería para un autónomo que trabaja de forma casi exclusiva para un solo empresario cliente?. Además, ¿por qué un trabajador subordinado tiene derecho a vacaciones y un TAPE no lo tiene?.

En cuarto lugar, creo que tampoco es un exceso pensar en la posibilidad de proteger al TAPE frente a extinciones unilaterales del empresario/cliente de carácter arbitrario. Dada la relación permanente que mantiene el TAPE con el empresario que lo contrata, por lo menos la extinción del contrato antes del tiempo pactado ha de estar justificada. Si no está justificada, el juez de trabajo debería ordenar al empleador el pago de una indemnización por la extinción arbitraria. De otro lado, no hay que perder de vista los casos en que el TAPE extingue voluntariamente el contrato motivado en un incumplimiento grave y culpable del empleador. Aquí, a mi juicio, también procede el pago de una indemnización a este tipo de trabajador autónomo.

Creo sinceramente, que estos son sólo algunos de los temas que una protección específica de los TAPE exigiría. Su semejanza tipológica con un trabajador subordinado los hace particularmente sensibles a sus mismos problemas y conflictos. Es por eso, que muchas de las instituciones del derecho laboral deben extrapolarse, con necesarios matices, por cierto, a la realidad de los TAPE. En fin, el debate sigue abierto.

8. LA PROMOCIÓN EMPRESARIAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS COMO OTRO EJEMPLO DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA

Si la protección de los TAPE exige un régimen protector especial, me parece que los demás trabajadores autónomos (autónomos puros, autónomos que prestan su labor para otro de forma esporádica o los trabajadores/empresarios de microempresas) exigen un régimen protector de otras características. De hecho, el no tener una contraparte empresarial permanente es un denominador común de los trabajadores autónomos, a excepción de los TAPE, que condiciona cualquier intento de regulación. Por ejemplo, ¿cómo otorgamos protección frente a un despido o cómo se impone una jornada máxima a un taxista con vehículo propio?. Al no

existir una contraparte empresarial permanente es imposible hablar de un régimen protector como el propuesto para los TAPE.

No obstante, esto no significa que el legislador deba contemplar la realidad sin la posibilidad de hacer nada. Más todavía en una realidad como la peruana donde la mayoría de trabajadores independientes o autónomos no son precisamente los TAPE. A lo mejor, la única salida que existe para que el taxista no trabaje más de doce (12) horas diarias en su propio vehículo es la de impulsar pequeños proyectos de promoción empresarial. Si el taxista logra lanzar un proyecto empresarial con apoyo del Estado es posible que mejore sus ingresos y que con una economía menos asfixiante pueda descansar un poco más. Imaginemos que con el apoyo estatal el taxista logra cambiar su antiguo carro por uno más nuevo, lo cual le permitirá cobrar un mejor precio por el servicio y gastar menos dinero en reparaciones.

Lo que quiero decir es que muchos trabajadores autónomos, más que una legislación protectora de sus intereses frente a otro, esperan políticas públicas estatales que reactiven la economía desde un apoyo a los llamados microempresarios. La mayoría de estos trabajadores necesitan tener acceso a un capital mínimo que les permita realizar su actividad profesional de forma más rentable y productiva. Hace falta capitalizar al trabajador autónomo desde políticas estatales, pero no para que se convierta en pequeño empresario, sino para que siga siendo un trabajador autónomo aunque con mejores niveles de productividad. Creo que esto es muy importante: una cosa es fomentar la pequeña y mediana empresa, donde el empresario deja de ser trabajador, y otra muy distinta es fomentar la figura del trabajador autónomo. El fomento del trabajo autónomo es un tema que países como Perú deben explotar. Me atrevería a decir que esta vía puede ser un instrumento indispensable para conseguir la ansiada igualdad de oportunidades en sociedades con una alta cantidad de trabajo autónomo²⁵.

²⁵ Por el contrario, el Estado peruano se ha quedado en declaraciones vacías de contenido que sólo llegan promover diversas formas asociativas. Por ejemplo, se permite que los trabajadores autónomos puedan formar pequeñas empresas o microempresas, cooperativas o cualquier otra modalidad empresarial o societaria contemplada en la Ley General de Sociedades (artículo 46 y.../

Ahora bien, no basta con asignar recursos económicos indiscriminadamente a todos los trabajadores autónomos. Tan importante como la existencia de recursos es su gestión inteligente y planificada, si lo que se quiere es evitar un alto nivel de proyectos empresariales fracasados. Me explico, el Estado deberá elaborar planes nacionales de empleo donde todas las políticas no las diseñe sólo el gobierno central, sino también se haga participar a los gobiernos regionales y municipales. En todos estos niveles, el apoyo financiero debe ir de la mano de medidas de formación profesional para los trabajadores autónomos. El asesoramiento técnico para los emprendedores de proyectos empresariales, tan esencial para su éxito, no sólo debe brindarse al inicio proyecto, sino que debe subsistir en paralelo a su consolidación. Por ejemplo, el Estado debería ser capaz de dotar de información sobre mercados con posibilidades de expansión para que de esa manera el microempresario invierta sobre seguro, pero también debería informar acerca del acceso a beneficios económicos y ayudas legalmente ofrecidas a las microempresas. Adicionalmente, los poderes públicos deberían elegir a los trabajadores autónomos beneficiarios de las ayudas con criterios técnicos y estudiando las reales posibilidades de éxito. Por ejemplo, se puede apoyar el proyecto de una persona que vende sanguches en un carrito en plena vía pública, con el fin de que implemente una tienda con trabajadores a su cargo. La elección vendrá dada por el conocimiento del negocio de este pequeño vendedor y no sólo por su estado de necesidad²⁶.

En esta línea, no quiero terminar este punto sin referirme a la importancia de las medidas fiscales y la simplificación de los procesos de formalización. En un escenario donde la presión tributaria sea intensa deberían brindarse facilidades o reducciones del pago de impuestos a los microempresarios emprendedores. A su vez, la lucha por la formalidad debe empezar por el diseño de políticas públicas serias y coherentes que impulsen a este sector. En otras palabras, si la formalidad

/...siguientes del Decreto Supremo 002-97-TR). Sin embargo, lo criticables es que esta actitud permisiva no viene acompañada de políticas de fomento traducidas en ayudas financieras o de asesoría técnica.

²⁶ Sobre la necesidad de apuntalar los mecanismos de elección de personas que sean capaces de emprender y desarrollar con éxito un proyecto empresarial, CRUZ VILLALON, Jesús. Propuestas... p. 41.

no genera ningún beneficio al trabajador autónomo, entonces siempre será más cómodo vivir en la informalidad.

9. LA NECESIDAD DE UN CONSEJO NACIONAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO

Emparentado con el tema anterior, las políticas públicas de los trabajadores autónomos deben diseñarse con el acuerdo de las asociaciones representativas de ellos mismos. Son los mismos trabajadores autónomos y sus asociaciones los que en coordinación con el Estado han de decidir en qué proyectos hay que invertir más recursos y han de dar las pautas para gestionar los mismos. Sus competencias deben abarcar materias socioeconómicas y profesionales del trabajo autónomo.

La formación de un Consejo Nacional del Trabajador Autónomo debe venir acompañado de un proceso paulatino de descentralización, que permita llevar el diálogo social a todas las zonas del Perú.

Los representantes de los sindicatos de trabajadores independientes o autónomos deberán exigir al gobierno la realización de estudios o investigaciones sobre la realidad del trabajo autónomo en el Perú. Pues, sólo de esta forma, esto es, manejando información fiable, podrán diseñar políticas públicas serias y beneficiosas para el país.