

Medidas que obstaculizan el aumento de cotizantes: la exclusión del RETA *ex* LGSS 2015 de las personas menores que trabajan por cuenta propia

Measures that hinder the increase of contributors: the exclusion of minors that work for themselves according to RETA *ex* LGSS 2015

M^a MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

PROFESORA DEL DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Resumen

En este trabajo se examina la posibilidad de desarrollar un trabajo por cuenta propia por parte de las personas menores de 18 años, en los términos exigidos por el art. 1.1 LETA. Posteriormente, se analizan las contradicciones entre la LETA y la LGSS en relación con la edad mínima para desarrollar un trabajo por cuenta propia y con la edad mínima exigida para su inclusión en el Sistema de la Seguridad Social y su encuadramiento en el RETA. Se concluye que la actual regulación en materia de protección social impide el incremento del número de cotizantes y ofrece una insuficiente protección social de este colectivo, particularmente frente a los riesgos derivados de su trabajo. Finalmente, se analiza la deficiente protección en materia de seguridad y salud que la LETA contempla respecto de estas personas trabajadoras.

Abstract

This work examines the possibility that minors than 18 years old develop a self-employment under the terms required by art.1.1 LETA. Subsequently, the contradictions between LETA and General Social Security Act are analyzed in relation to the minimum age for developing a self-employment and the minimum age required to be included of self-employed in Social Security System and its framework in the RETA. It is concluded, that the current regulation in social protection prevents the increase in number of contributors and provides insufficient social protection to this group, particularly against the risks of work. Finally, the paper analyzes the poor protection that LETA offers to this group regarding safety and health at work.

Palabras clave

Personas menores, trabajo autónomo, Seguridad Social, vulnerabilidad, cotización

Keywords

Minors, self-employment, Social Security, vulnerability, contributions

Sumario: 1. Introducción. 2. El trabajo por cuenta propia de la persona menor de edad. 1.1. La edad de acceso al trabajo autónomo en el ámbito internacional. 1.2. La edad de acceso al trabajo autónomo en España. 3. Una inadmisibles discordancia normativa: la autorización por la LETA del trabajo autónomo de menores y su exclusión *ex* LGSS 2015 4. La insuficiente protección en materia de seguridad y salud del menor autónomo. 4.1. Sobre la tutela internacional de la persona trabajadora menor de edad. 4.2. La deficiente protección del autónomo en materia de seguridad y salud laboral. 4.3. La ausencia de una especial protección en materia de seguridad y salud del menor autónomo. 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Al igual que en el trabajo por cuenta ajena, el trabajo autónomo se caracteriza por el elemento personal, es decir, este viene desarrollado por una persona física y, en cuanto a tal, es preciso analizar la edad mínima a la que se permite acceder al autoempleo, así como la protección que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a los menores que decidan optar por el trabajo por cuenta propia.

Sobre el particular, conviene recordar que la limitación de la edad de incorporación de las personas menores al mercado de trabajo y la necesidad de regular las condiciones en las que se realiza¹, se justifican, principalmente, en los siguientes motivos:

a) La obligación de preservar su educación y de garantizar la finalización de la etapa de escolarización obligatoria.

b) El deber de proteger la seguridad y la salud en el trabajo de este colectivo por su especial sensibilidad ante determinados riesgos derivados del trabajo.

c) Por razones demográficas y biológicas².

d) Debido a su "ineptitud natural" y su "incapacidad para el ejercicio de derechos y obligaciones"³.

e) Y, en definitiva, en la necesidad de protección de las personas menores, derivada de su incapacidad para defender sus propios intereses.

2. EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA DEL MENOR DE EDAD

2.1. La edad de acceso al trabajo autónomo en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, la edad de acceso al empleo viene regulada, fundamentalmente, en dos normas aplicables al trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia⁴.

¹ Sobre el trabajo de las personas menores, véase, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.

² En este sentido opinan, AGRA VIFORCOS B., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, R., Y TASCÓN LÓPEZ, R.: "Peculiaridades de la relación de trabajo de los menores" en VV.AA.: Relaciones Especiales y Contratos con particularidades, SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pág.882, para quienes la protección legislativa de los menores viene motivada por razones biológicas, demográficas, de seguridad, culturales, morales y de rentabilidad.

³ PÉREZ VERA, E.: "EL Derecho de protección de los menores", en VV.AA.: Comentario a la Constitución socioeconómica de España, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MONEREO VIDA, M.N. (coord.), Granada, Comares, 2002, pág.1302.

⁴ Vid., CÁMARA BOTÍA, A.: "Los menores en la legislación laboral española", Revista Anales de Historia Contemporánea, Universidad de Murcia, 2003, n° 19, pág.128 y, LOZANO LARES, F., La regulación del trabajo de menores y jóvenes, Sevilla, Mergablum, 2000, pág.94. En esta línea, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: "Capacidad para contratar", Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 100, 2000, pág., 323, considera que la prohibición debe referirse a todo trabajo. Para SELMA PENALVA, A.: El Régimen Jurídico del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, Murcia, Laborum, 2013, pág.159, en el término "trabajo" utilizado por el Convenio 138 de la OIT, debe entenderse en un sentido amplio, considerando en él incluida "toda actividad (...)

De un lado, el Convenio 138 OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo⁵, fija tal edad en aquella en la que cese la obligación escolar, y, en todo caso, en los 15 años (art. 2.3). Y, además, establece los 18 años, como edad mínima para la admisión a todo tipo de empleo o trabajo que, por su naturaleza o condiciones en las que se realice, pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores. Todo ello, sin perjuicio de permitir que los Estados puedan autorizar el empleo o trabajo en actividades peligrosas a partir de los 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de las personas adolescentes, y que estas hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada en la rama de actividad correspondiente (art.3.3).

De otro lado, en el ámbito de la Unión europea, la Directiva 94/33/CE⁶, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, en la misma línea que el Convenio 138 OIT, establece, como edad mínima para la admisión al empleo o al trabajo –habida cuenta los términos amplios utilizados, cabe entender incluido en su ámbito aplicativo el trabajo autónomo–, una edad no inferior a la que se determine para la escolarización obligatoria y, en todo caso, no antes de los 15 años. Esta Directiva es aplicable a toda persona menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sometida al derecho en vigor en un Estado miembro.

La Directiva 94/33/CE establece una serie de condiciones especiales que, con carácter general, han de tenerse en cuenta en el trabajo desarrollado por jóvenes, adolescentes y niños y niñas⁷.

productiva, independientemente de si se realizan una actividad en régimen de dependencia laboral o por cuenta propia a través de un modelo de colaboración no laboral”.

⁵ El Convenio 138 de la OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, Adoptado en la 58ª reunión CIT (26 junio 1973), Ginebra, fue ratificado por España el 13 de abril de 1977 y publicado en el BOE de 8 mayo de 1978. El Convenio 138 forma parte de los llamados Convenios Fundamentales de la OIT, de conformidad con la Declaración de relativa a los principios fundamentales y derechos fundamentales del trabajo la OIT, todos los Estados Miembros, incluso los que aún no han ratificado este Convenio debe observar, promover y poner en práctica los principios.

⁶ La protección del menor ha sido tratada en el ámbito comunitario, además de en la Directiva 94/33/CE, por otros instrumentos normativos entre los que destacan: la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 (arts. 20 a 23) que no adquirió fuerza vinculante hasta su incorporación a la Directiva 94/33/CE (sobre la efectividad de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, puede verse GALIANA MORENO, J.M.: “Dimensión comunitaria del Derecho del Trabajo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, núm. 13, pág. 124); la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada a través de la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo; la Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000; y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004 y que incorpora en su parte II gran parte del contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Este último instrumento normativo, incluye entre sus objetivos el fomento de la Unión Europea de la protección de los derechos del niño (art. I-3). Al mismo tiempo establece la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea. Véase, IGARTUA MIRÓ, M.T., Y MARÍN ALONSO, I.: “Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, nº 57, págs. 529-530.

⁷ La Directiva 94/33/CE del Consejo, define en su art. 3 los grupos de jóvenes. A tal efecto se entiende por joven: toda persona menor de 18 años; por niños: todo joven que no ha alcanzado la edad de 15 años o bien todavía (...)

Respecto de quienes se encuentren en la niñez, la Directiva permite que cada Estado regule, dentro de los actividades fijadas en la propia Directiva, aquellas que, de forma excepcional, puedan ser realizadas por estas personas –tal y como sucede en España para el supuesto de las actividades desarrolladas por menores de 16 años en espectáculos públicos–, y que deben ser respetadas. Además, la citada Directiva prevé que “*cada Estado miembro determinará todas las medidas necesarias que deban aplicarse en caso de infracción de las disposiciones adoptadas*” en su desarrollo, debiendo tener tales medidas “*un carácter efectivo y proporcionado*” (Art. 14 de la Directiva 94/33/CE).

La trasposición de la Directiva a los ordenamientos internos debió haberse producido, como muy tarde, el 22 de junio de 1996 (Disposición Final 1ª). Ahora bien, dado que hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, (BOE de 12 de julio) del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), en el año 2007, no estaba autorizado legalmente el trabajo autónomo a menores de 18 años, cabe entender que es a partir de ese momento cuando el Estado Español queda obligado a desarrollar el contenido de la Directiva en relación con el trabajo autónomo.

2.2. La edad de acceso al trabajo autónomo en España

La edad de acceso al trabajo de las personas menores en España se ha regulado de forma coherente con lo dispuesto en la normativa internacional y comunitaria mencionada. En el ámbito laboral, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), fija la edad mínima de acceso al trabajo por cuenta ajena en los 16 años⁸, con la excepción de los trabajos realizados en espectáculos públicos (art. 6).

Por su parte, la LETA introduce en su art. 9, la prohibición de desarrollar un trabajo por cuenta propia a los menores de 16 años, señalando de forma expresa que estos “*no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares*”. Asimismo, contempla idéntica excepción a la recogida en el art. 6.4 ET respecto de los servicios prestados por menores de 16 años en espectáculos públicos, a cuya regulación remite⁹. La LETA únicamente se limita a prohibir con carácter general el trabajo autónomo a las personas, sin hacer referencia ni a su limitada capacidad de obrar ni a posibles restricciones o limitaciones en la actividad desarrollada de forma autónoma por razones de seguridad y salud laboral.

sujeto a la obligación escolar a tiempo completo establecida por la legislación nacional; por adolescente: todo joven de al menos 15 años de edad y como máximo 18 años que ya no esté sujeto a la obligación escolar a tiempo completo establecida por la legislación nacional.

⁸ Sobre la protección jurídica del menor en materia laboral, puede verse, GARCÍA ROMERO, B.: “La protección jurídico-laboral de los menores”, *Aranzadi Social*, 2001, n°5, págs.779-800 y GARCÍA ROMERO, B., Y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia, Diego Marín, 2001.

⁹ El art. 9 de la LETA dispone lo que sigue: “1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.”

Con una regulación liviana y superficial, la LETA pretende poner fin, fundamentalmente, a las prestaciones de servicios realizadas en negocios familiares –en el sector de la venta ambulante, la hostelería, la agricultura¹⁰ etc.– por parte de quien todavía no ha finalizado la escolarización obligatoria.

En nuestro ordenamiento jurídico la edad está directamente relacionada con la capacidad de obrar, expresión que refiere a la aptitud o idoneidad que tienen los seres humanos para ejercer o poner en práctica sus derechos y obligaciones¹¹. Ante la omisión, por parte de la LETA, de cualquier referencia a la capacidad de obrar de las personas menores de edad, será necesario acudir a lo previsto en el Código Civil (CC), en el Código de Comercio (Cco), y, en su caso, a la normativa administrativa, respeto de esta materia¹².

Al igual que la Constitución Española (art. 12), nuestro CC vigente fija la mayoría de edad en los 18 años (art. 315), edad partir de la cual se declara a la persona capaz para todos sus actos de la vida civil, con las excepciones establecidas en el propio CC (art. 322). Ahora bien, la plena capacidad de obrar también se puede alcanzar mediante emancipación por motivo de matrimonio, por concesión de los que ejerzan la patria potestad, por concesión judicial (art. 314), así como por la obtención del beneficio de la mayor edad (art. 321).

Asimismo, el CC considera, para todos los efectos, como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos, pudiendo éstos revocar dicho consentimiento (art. 319). La emancipación habilita a la persona menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad y poder comparecer por sí sola en juicio, pero hasta que no alcance los 18 años no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador (art. 323).

Estas restricciones dificultarían, e incluso, impedirían calificar como trabajo autónomo, en los términos establecidos por el art. 1.1. LETA, la actividad realizada por una persona menor de edad.

En relación a los requisitos esenciales para la validez de los contratos, el art. 1263 CC, recientemente modificado¹³, establece que no pueden prestar consentimiento ni los menores no emancipados ni los incapacitados.

¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: Las relaciones laborales en el sector agrario, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1995, pág. 434, considera que en este sector, la familia campesina se comporta como una unidad de producción basada en la autoexplotación del trabajo no asalariado de sus miembros.

¹¹ En este sentido, GÁLVEZ MUÑOZ, L.: “Sinopsis artículo 12”, en La Constitución española. Textos y sinopsis de cada artículo, recuperado de

http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=12&tipo=2.

¹² Adviértase que, la LETA reconoce entre las fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo “la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil, o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo” [Art. 3.1.b) LETA].

¹³ El Artículo 1263 CC ha sido redactado por el apartado veintinueve del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por su parte, el Cco considera comerciantes a las personas físicas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (art. 1) reconociendo capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio a las personas mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes (art. 4).

De lo anterior se deduce que el Cco no reconoce a las personas menores de 18 años la condición de comerciantes, al no tener la capacidad legal necesaria para ejercer de forma habitual el comercio (no son mayores de edad ni tienen la libre disposición de sus bienes). Así pues, no puede realizar un trabajo autónomo como comerciante, en los términos exigidos en la LETA, quien no tiene 18 años cumplidos.

En atención a lo expuesto, a pesar de que la LETA deja en manos del menor no emancipado la decisión de convertirse en trabajador por cuenta propia, –en los términos del art. 9 LETA– ello no parece viable en todos los supuestos, no solo debido a la capacidad de obrar limitada derivada de las normas del CC, –que pondrían en entredicho la autonomía y la independencia con la que se ha de desarrollar una actividad autónoma– y a la imposibilidad de alcanzar la consideración de comerciante conforme al CCo, sino también a la falta de madurez para asumir la titularidad de un negocio a edades tan tempranas, y a la especial vulnerabilidad de este colectivo ante algunos riesgos derivados del trabajo.

Estas circunstancias deberían impedir el desarrollo de determinadas actividades perjudiciales para la salud y el desarrollo personal del menor. Cabe añadir que, asimismo, en determinadas actividades, la imposibilidad de realizar un trabajo por cuenta propia por parte de menores vendría determinada por los requisitos de acceso a la profesión.

Un sector de la doctrina considera que el trabajo autónomo de un menor de 18 años únicamente sería posible en los supuestos de menores emancipados con limitaciones establecidas en el CCo, de colaboradores familiares, y en el caso del socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado¹⁴.

3. UNA INADMISIBLE DISCORDANCIA NORMATIVA: LA AUTORIZACIÓN POR LA LETA DEL TRABAJO AUTÓNOMO DE MENORES Y SU EXCLUSIÓN EX LGSS 2015

A pesar de la dudosa posibilidad de que un menor de 18 años pueda ejercer una actividad autónoma en los términos anteriormente expuestos, lo cierto es que, como se ha advertido, la LETA reconoce esta posibilidad no sólo a los mayores de 16 años sino también por debajo de los 16 años en actividades relacionadas con espectáculos públicos. Por tal motivo, conviene analizar su inclusión o no en el Sistema de la Seguridad Social y, concretamente, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), a la vista de lo dispuesto en la normativa vigente.

Tras la reciente entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE de 31 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General

¹⁴ En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “La difusa e incompleta configuración subjetiva del RETA en la LGSS 2015”, Revista de Derecho Social, núm. 73, 2016.

de la Seguridad Social (LGSS), se mantiene –en los términos que ya establecía la anterior LGSS– la contradicción entre lo dispuesto en la LETA y en la LGSS. Así, mientras la LETA posibilita realizar un trabajo autónomo a partir de los 16 años (con la excepción de los menores de 16 con autorización en espectáculos públicos), la vigente LGSS fija la edad de 18 años como edad mínima para la inclusión de los autónomos en el Sistema de la Seguridad Social [art, 7.1 letra b)].

En lo que se refiere específicamente a los autónomos del RETA, la exigencia se reitera en el art. 305 LGSS. La contradictoria regulación legal de esta materia mantiene vivo el tradicional debate existente en la doctrina científica¹⁵ y en la judicial¹⁶, así como en la propia Administración de la Seguridad Social¹⁷.

A nuestro juicio, lo que resulta cuestionable es la incorporación indiscriminada y sin matices al trabajo autónomo de las personas de 16 años que permite la LETA, dañosa previsión que se ve agravada, si cabe, por la exclusión de este colectivo del Sistema de la Seguridad Social, en los términos señalados en la LGSS, pese a que la LETA, en su art. 24 establece la obligación de afiliación al Sistema de todos los autónomos. No cabe duda de que la actual regulación constituye un claro incumplimiento de los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social.

Cabe advertir que, en virtud de la Disp. Adic. Décima de la LETA, la persona que trabaja por cuenta propia podrá contratar como trabajador por cuenta ajena a su hijo o hija menor de 16 o 17 años, aunque exista convivencia, o podrá optar por considerarlo como autónomo-colaborador familiar¹⁸. En este supuesto, la opción del progenitor afectaría a la protección del menor, tanto a nivel social como en materia de prevención de riesgos laborales.

De esta forma, si se elige la contratación laboral, esta opción permitiría al menor, además de una mayor protección social, iniciar su carrera de cotización a través de su inscripción en el RGSS, o sistema especial correspondiente, con la cobertura obligatoria de

¹⁵ A favor del encuadramiento en el RETA, se pronuncian entre otros: APILLUELO MARTÍN, M.: “Ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, Aranzadi, 2009, págs. 3 y 4, versión electrónica.

¹⁶ Las SSTSJ de Andalucía-Granada, de 27 de febrero de 1996 (AS 1996/337) y de Galicia de 8 de mayo de 1998 (AS 1998/967) se han pronunciado a favor del encuadramiento en el RETA de un menor de 18 años, y en contra, incluso respecto de menores emancipados, al no haber alcanzado la mayoría de edad, se pronuncian las SSTSJ de Cataluña de 20 de junio de 2001 (AS 2001/3222) y de Murcia de 9 de abril de 2001 (AS 2001/1906).

¹⁷ Véase al respecto el estudio realizado por CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRIGUEZ INIESTA, G., Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: en “Protección Social de los trabajadores autónomos”, en VV.AA.: Tratado del Trabajo Autónomo, BARRIOS BAUDOR, G. L. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, págs. 319 a 321.

¹⁸ La Disposición adicional décima de la LETA, respecto del encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo establece que “Los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo”.

Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aún siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes: a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100. b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

las contingencias profesionales. Sin embargo, si la opción del padre o de la madre es a favor de su consideración como persona trabajadora autónoma, se generarán las aludidas las dificultades de encuadramiento, por no tener 18 años¹⁹; pero, aún permitiendo su inclusión en el RETA, la regulación actual determina que estos menores gocen de un menor nivel de protección social por contingencias profesionales, al ser considerada actualmente por el legislador dicha protección una opción y no una obligación (salvo algunas excepciones incluidas en el art. 26.3 de la LETA y en la Disp. Adic. Tercera, apartado 2 de la LETA).

Resulta, de otro lado, extraño que ni la propia LETA ni las numerosas reformas en materia de Seguridad Social producidas en la materia, hayan incluido la modificación de la edad de encuadramiento en el RETA (ni siquiera acogiendo de forma expresa el criterio interno de la TGSS de encuadramiento de los menores socios de cooperativas de trabajo asociado en el RETA²⁰); ello pone de manifiesto la confusión del legislador en esta materia, confusión que provoca la desprotección de determinados menores y obstaculiza el aumento del número de cotizantes en el Sistema de Seguridad Social, privándoles de iniciar su carrera de cotización. Al mismo tiempo, provoca la eventual vulneración del derecho de igualdad y no discriminación de los menores autónomos respecto de quienes trabajan por cuenta ajena.

Esta exclusión del menor autónomo del Sistema de Seguridad Social supone un incumplimiento de los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social.

4. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD DEL MENOR AUTÓNOMO

4.1. Sobre la tutela internacional de la persona trabajadora menor de edad

En el ámbito internacional, el citado Convenio 138 OIT, sobre la edad mínima de admisión al empleo, permite que los Estados puedan autorizar el empleo o el trabajo en actividades peligrosas a partir de los 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de las personas adolescentes, y que estas hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada en la rama de actividad correspondiente (art.3.3). El cumplimiento de este Convenio se halla, por otro lado, reforzado por el art. 39.4 CE, que prevé que *"los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que los menores "gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados

¹⁹ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: "La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de «desajustes»", Relaciones Laborales, 2000, vol. I, pág. 579, pone de manifiesto la injustificada diferencia de trato entre el RGSS y el RETA respecto del alta de los menores de 18 años y mayores de 16 años.

²⁰ Sobre el régimen de las cooperativas de trabajo asociado, puede verse, CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Sociedades cooperativas de trabajo asociado", en.VV.AA.: Manual de adaptación estatutos a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia, ALFONSO SÁNCHEZ., R. (Dir.), Murcia, Editum, 2ª edición, 2012, págs. 97-112.

Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. Asimismo, dispone que “Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional” (art. 3).

El marco normativo internacional mencionado impone la necesidad de que las leyes nacionales sobre menores se adecúen al mismo, debiendo estas interpretarse conforme a los acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2)²¹.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 94/33/CE, impone a cada Estado miembro el deber de respetar las restricciones en cuanto a la edad de admisión al trabajo, y el respeto a las medidas de protección relacionadas con la seguridad y salud laboral (art. 6 y 7) y a las reglas en materia de regulación de tiempo de trabajo en función de la edad (arts. 8 al 12).

En este sentido, el art. 7 de la citada Directiva ordena a los Estados miembros velar por que se proteja a las personas jóvenes contra los riesgos específicos para la seguridad y salud y su desarrollo, derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o de su desarrollo todavía incompleto. La regulación se completa con una relación de trabajos prohibidos para las personas jóvenes, y otra relación, no exhaustiva, de trabajos que pueden suponer riesgos específicos; a tal efecto, se establece una lista de trabajos, procedimientos y agentes que pueden entrañar tales riesgos. Por otro lado, la citada Directiva contiene disposiciones relativas al tiempo de trabajo, al trabajo nocturno, al periodo de descanso, al descanso anual y al tiempo de pausa (art. 8). La dudosa incorporación de la Directiva 94/33/CE a nuestro ordenamiento jurídico se ha producido, en el ámbito del trabajo cuenta ajena, a través del art. 6 del ET y del art. 27 LPRL, en relación la Disposición Derogatoria Única LPRL, que declara en vigor el Decreto de 26 de Julio de 1957.

El citado Decreto preconstitucional incluye, en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, una lista de actividades prohibidas para las personas menores de edad, actualmente obsoleta, sin que hasta el momento se haya producido el desarrollo normativo impuesto por el art. 27.2 LPRL. A pesar de la ausencia del pertinente desarrollo reglamentario²², sí existen diversas normas que, en materia de seguridad y salud, incluyen restricciones al trabajo de las personas menores asalariadas²³. Sin embargo, pese a que dichas normas realizan una ampliación de la relación de actividades incluidas en el Decreto de 26 de Julio de 1957 y en la Directiva 94/33/CE, no alcanzan a desarrollar todas las prohibiciones contenidas en la mencionada

²¹ En este sentido, IGARTUA MIRÓ, M.T., Y MARÍN ALONSO, I.: “Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea” cit., pág.532.

²² DE LA CUESTA, S.: “Valoración de la normativa española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo”, cit., págs. 234-335.

²³ Véase el. 19 del RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes. Así mismo, el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal (art.8).

Directiva, por lo que no queda asegurado su efectivo cumplimiento, lo que genera una grave inseguridad jurídica.

En relación al trabajo por cuenta propia, la citada Directiva se ha incorporado parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico a través de lo previsto en el art. 9 LETA, que prohíbe el trabajo autónomo a quienes tengan menos de 16 años –a excepción del supuesto de prestación de servicios en espectáculos públicos–, no existiendo ninguna referencia a trabajos por cuenta propia prohibidos o perjudiciales para las personas menores de 18 años; así pues, ante la ausencia de desarrollo normativo, las únicas referencias en la materia son la propia Directiva 94/33/CE y el Convenio 138 citados.

Es, pues, necesaria la expresa regulación del trabajo autónomo realizado por menores mediante una normativa que, partiendo del contenido de la Directiva 94/33/CE, y del Convenio 138 de la OIT –este último, directamente aplicable–, proceda a adecuar las prohibiciones y restricciones impuestas por las normas mencionadas a las actividades, procedimientos y/o agentes que, –de acuerdo a las nuevas realidades productivas y tecnológicas– se consideren peligrosos, con las excepciones que, en su caso, sea preciso realizar.

La laguna normativa denunciada respecto del trabajo autónomo de menores, determina, además, que estos sufran un injustificado agravio comparativo en relación con las personas menores que trabajan por cuenta ajena. Y, es que, si bien la normativa de seguridad y salud aplicable a estas últimas suscita una cierta inseguridad jurídica por falta de desarrollo del art. 27 LPRL, al menos, a las mismas les alcanza la protección del art. 6 ET, de toda la LPRL –y, en particular, del citado art 27–, del Decreto de 26 de julio de 1957 y de otras normas que regulan la presencia de menores asalariados en diferentes actividades, y que suponen un desarrollo de la Directiva 94/33/CE. Sin embargo, respecto de la tutela de las personas menores que trabajan por cuenta propia el legislador guarda silencio absoluto, lo cual resulta sorprendente y preocupante al tratarse de un colectivo especialmente sensible a determinados riesgos laborales, además de suponer un claro incumplimiento del Convenio 138 de la OIT y la Directiva 94/33/CE .

4.2. La deficiente protección del autónomo en materia de seguridad y salud laboral

El derecho de la prevención de riesgos laborales pretende evitar los riesgos, o en su caso, reducir los mismos, persiguiendo, en consecuencia, una disminución de los daños que sobre la salud de los trabajadores puedan ocasionar estos riesgos. En el ámbito del trabajo por cuenta ajena, el deber de seguridad dirigido a evitar o reducir tales riesgos recae sobre el empresario; sin embargo, en el ámbito del trabajo por cuenta propia, al no existir un empleador del autónomo²⁴, es difícil identificar el responsable del deber de seguridad. Tras la aprobación de la LETA –calificada por un sector de la doctrina como ambigua, confusa y decepcionante²⁵–, se reconocen una serie de derechos en materia de prevención de riesgos laborales para los trabajadores autónomos, y para los TRADE.

²⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M^a R.: “Prevención de Riesgos laborales y sistema de responsabilidades, por accidente de trabajo en el trabajador autónomo”. Revista de Derecho Social, nº 43,2008, pág.119.

²⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, RTSS,CEF, nº 295, 2007, pág.94, califica la nueva regulación de “decepcionante, ambigua y confusa” pues pesar de prometer un cambio sustancial en el enfoque normativo dado hasta el momento a los autónomos, estos (...)

Entre los derechos en materia de prevención de riesgos laborales aplicables a los autónomos, encontramos los siguientes:

1) El derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, (art. 4.3 e) LETA).

2) El derecho a interrumpir su actividad de forma justificada en el caso considerar riesgo grave e inminente (art. 8.7 LETA).

3) Derecho a exigir que las Administraciones Públicas competentes asuman un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos (art. 8.1 LETA).

4) Derecho a exigir que las Administraciones Públicas competentes promuevan una formación en prevención específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores autónomos.

5) Derecho a suspender su actividad en situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, [art. 4.3, g) LETA)], y a la asistencia y prestaciones sociales en estos casos, [art. 4.3, h) LETA].

6) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su actividad profesional y a la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales, así como al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos [art. 4.3, i) y j) LETA].

7) Derecho de participación de los trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales (Disp. Adc. 12 LETA).

8) El derecho de concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar, como ámbito de cobertura, la previsión de riesgos derivados del trabajo a los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos (art. 15.5 LPRL).

9) Cualquier otro derecho que se derive de los pactos o contratos celebrados por los autónomos con los clientes [art. 4.3, k) LETA] en relación a lo dispuesto por el art. 3.1c) LETA.

Cabe advertir que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales a los que están especialmente expuestos los trabajadores autónomos y, dentro de ellos, los menores de edad, debido a su falta de experiencia, inmadurez para valorar los riesgos existentes o potenciales, y a su desarrollo todavía incompleto, entrañan importantes costes sociales y humanos²⁶.

no aparecen como sujetos protegidos sino más bien como sujetos obligados, por actuar en un régimen de autoorganización, y por considerar sus lugares de trabajo como un factor adicional de riesgo para los trabajadores asalariados.

²⁶ Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores autónomos, Considerando 10.

Entre los deberes básicos relacionados con la prevención de riesgos del trabajador autónomo menor de edad objeto de estudio, encontramos:

a) El deber de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios [art. 5.b) LETA].

b) Cumplir con cualesquiera otras obligaciones derivadas de la legislación aplicable [art. 5.e) LETA].

c) Cumplir con las normas deontológicas aplicables a la profesión [art. 5.f) LETA].

En atención al apartado 1), que menciona el deber de cumplir las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley les imponga, procede intentar identificar cuáles son esas obligaciones legales.

En el análisis de la normativa aplicable para estos sujetos, nos encontramos, en primer lugar, la LPRL, que si bien incluye a los trabajadores autónomos como sujetos destinatarios de obligaciones y responsabilidades en materia preventiva, su referencia respecto de éstos es marginal²⁷, y no define claramente los supuestos en los que sería sujeto de derechos y/o obligaciones.

Las menciones expresas respecto de los derechos y obligaciones en materia preventiva de los autónomos las encontramos en materia de coordinación de actividades preventivas, y en normas sectoriales donde es frecuente la presencia de trabajadores por cuenta propia. En el art. 15 LPRL se contiene una norma de responsabilidad empresarial²⁸, que concede a los trabajadores autónomos el derecho de concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura, la previsión de riesgos derivados del trabajo, de los trabajadores autónomos respecto de ellos mismos.

Sobre la inclusión y la aplicación efectiva de la LRPL a los trabajadores autónomos, al margen de los supuestos de coordinación de actividades preventivas, la mayoría de la doctrina señala que las referencias que se encuentran en dicha Ley no comportan una inclusión ni una aplicación efectiva de la LPRL a quienes trabajan por cuenta propia²⁹.

Respecto del trabajador autónomo, cuando no pueden verse perjudicados derechos de un tercero (trabajadores, clientes, etc.), parece operar el principio de autotutela. Se produce,

²⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^a R.: “Prevención de Riesgos laborales y sistema de responsabilidades, por accidente de trabajo en el trabajador autónomo”, cit. pág.122

²⁸ CASAS BAAMONTE, M.E.: “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en VV.AA.: CASAS BAAMONTE, M.E, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales., Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, págs. 138-139.

²⁹ Encontramos detalladas referencias doctrinales respecto de posturas doctrinales que señalan una “inclusión relativa”, hasta otras que sostienen una “exclusión relativa” en MARTÍNEZ BARROSO M^a R.: Protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos, cit., pág.27, nota37.

en definitiva, una renuncia de los poderes públicos a su deber de garantizar una tutela eficaz de la seguridad y salud de estos trabajadores³⁰.

En la LETA, al margen de las reglas u obligaciones de los autónomos en supuestos de concurrencia empresarial, únicamente encontramos la referencia al cumplimiento, con carácter general, de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, pero no hallamos ninguna referencia concreta y detallada de las obligaciones que en, materia de prevención de riesgos laborales, deben cumplir estos trabajadores autónomos.

En resumen, si bien la LPRL establece que se aplicará en el ámbito de las relaciones laborales reguladas por el ET, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos, sin embargo, posteriormente, no existe ninguna mención expresa o un desarrollo de esas obligaciones. De igual forma, la LETA incluye entre los deberes profesionales básicos de todo trabajador autónomo, de forma genérica, el de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales impuestas por la Ley, sin aclarar de qué Ley se trata o a qué obligaciones se refiere.

4.3. La ausencia de especial protección en materia de seguridad y salud del menor autónomo

Los menores de edad, en cuanto trabajadores, pueden verse afectados por los mismos riesgos que cualquier otro trabajador, asalariado o autónomo, riesgos a los que suman, por su falta de madurez física o psíquica, otros a los que las personas mayores serían inmunes³¹.

La rúbrica del art. 9 de la LETA –“Protección de menores”– hace pensar que el legislador quiso otorgar una protección especial a este colectivo, similar a la dispensada por la normativa laboral, que ofrece a las personas menores asalariadas una especial tutela en materia de seguridad y salud laboral, al considerarlas especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo. Sin embargo, sorprendentemente, la equiparación en la edad de acceso al empleo, no ha llevado aparejada una equiparación en los niveles de protección otorgados.

Estas diferencias de protección se anuncian ya en la lectura de los títulos de los artículos que se refieren al trabajo de menores en el ET y en la LETA. De esta forma, el ET se refiere al acceso al trabajo por cuenta ajena de los menores de edad utilizando la expresión “trabajo de los menores” y estableciendo la prohibición del trabajo de los menores de 16 años, así como algunos límites en la contratación de mayores de 16 y menores de 18 años³².

³⁰ Respecto del principio de autotutela y sus quiebras, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos”, cit. pág. 152

³¹ GARCÍA PERROTE ESCARPIN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en VV.AA.: Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales, CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LOPÉZ, M. C. y VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.), Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pág. 49.

³² El art. 6. 2 y 3 del ET establece: “2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años”.

A estas limitaciones impuestas por el ET para el trabajo desarrollado por los menores entre 16 y 18 años, hay que añadir la protección especial y superior, respecto del resto de trabajadores, que establece el art. 27 de la LRPL para estas personas bajo la rúbrica “Protección de menores”, norma en la que se impone al empresario determinadas obligaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales³³.

La LETA únicamente se limita a prohibir el trabajo a menores de 16 años, sin hacer referencia a posibles restricciones o limitaciones en la actividad desarrollada de forma autónoma por razones de seguridad y salud laboral. Tampoco establece previsión alguna en relación con la ordenación del tiempo de trabajo o respecto de las actividades que pudieran ser calificadas por el Gobierno como insalubres, penosas, nocivas o peligrosas, tanto para su salud como para su formación profesional y humana, en virtud de las obligaciones impuestas de carácter internacional.

En efecto, a diferencia de las normas que regulan la presencia de menores en el trabajo por cuenta ajena, la LETA únicamente tiene en consideración la condición de menor de edad para fijar el acceso al trabajo autónomo a través de la prohibición del mismo con carácter general a todo menor de 16 años, pero no se ocupa de los menores como personas trabajadoras especialmente sensibles o vulnerables ante los riesgos que puedan derivarse de su trabajo por cuenta propia.

Ello supone un incumplimiento del Convenio 138 OIT, que establece la edad mínima para realizar cualquier tipo de trabajo u ocupar un empleo que pueda resultar peligroso para la salud y seguridad del menor de 18 años, y de la Directiva 94/33/CE. Esta última obliga a los Estados miembros a velar por que se proteja a los jóvenes contra los riesgos específicos para la seguridad y salud derivados de la falta de experiencia, de la inconsciencia ante los riesgos existentes o virtuales, o del desarrollo todavía incompleto (art. 7), que les impide realizar una valoración de los riesgos existentes o potenciales, incluyendo una lista no exhaustiva de trabajos prohibidos y señalando otros trabajos que pueden entrañar riesgos específicos para su seguridad y salud.

Particularmente, se hace referencia a aquellos trabajos que impliquen una exposición nociva a los agentes físicos, biológicos y químicos que figuran en el apartado I del Anexo de esta Directiva y a aquellos procedimientos y trabajos que figuran en el punto II del citado Anexo (art. 7.2).

Desde nuestro punto de vista, los menores autónomos deberían tener una protección de la misma intensidad que la que se destina a los menores asalariados. Téngase en cuenta que la LRPL obliga al empresario a adoptar medidas dirigidas a la protección de la seguridad y salud en el trabajo de este colectivo³⁴. Asimismo, contempla la posibilidad de limitar la contratación de las personas menores de 18 años en profesiones que se consideren de riesgo.

³³ En este sentido LÓPEZ GANDÍA. J.: “Grupos especiales de riesgo”, en Curso de prevención de Riesgos Laborales, LÓPEZ GANDÍA. J Y BLASCO LA HOZ, J.F, Valencia, Tirano lo Blanch, 2015, pág. 225 y 232.

³⁴ A efectos de la protección de los menores, el art. 27 de la LRPL dispone que : “Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por (...)”

De esta forma, el empresario, en cumplimiento del deber de protección de los menores, debe realizar, antes de la incorporación al trabajo, una evaluación de riesgos de aquellos puestos que van a ocupar estos menores, con el fin de averiguar si las actividades que deben desarrollar entrañan algún riesgo específico para su seguridad y salud. En este caso, el empresario deberá adoptar las medidas adecuadas para su protección. A tal efecto, en la evaluación de riesgos se tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos que para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes, se deriven de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto. Estos aspectos de la personalidad del menor podrían conocerse a través de una vigilancia de la salud previa a la realización de la evaluación de los riesgos.

Entre las obligaciones del empresario dirigidas a proteger la seguridad y salud de la persona menor que desarrolla un trabajo por cuenta ajena, además de los requerimientos expresos de protección del trabajo de menores que recoge el art. 27 de la LPRL, ya citados, cabe señalar otras obligaciones tales como: 1º) Implantar una planificación preventiva tras la evaluación de riesgos realizada. 2º) Dar formación e información en materia preventiva al menor. 3º) Realizar y asumir el coste de la vigilancia de la salud en los términos previstos en la LPRS. 4º) Realizar una investigación de los accidentes de trabajo con baja a fin de averiguar su causa y plantear medidas preventivas y/o de protección dirigidas a evitar que se vuelva a producir el accidente de trabajo.

En el ámbito de la actividad autónoma, la ausencia en la LETA de una regulación protectora del trabajo desarrollado por las personas menores de edad, dificulta la identificación las situaciones de riesgo laboral y coloca en una situación de total desprotección a este colectivo vulnerable. Ello se debe principalmente a la inexistencia de una obligación legal de realizar una evaluación de riesgos y a la ausencia de una vigilancia de la salud en atención a los riesgos derivados de la actividad que pretenden desarrollar.

La falta de competencia en materia de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud por parte de la Inspección de Trabajo respecto del trabajo realizado de las personas menores autónomas dificulta su protección. La deficiente regulación en esta materia, en la práctica, puede favorecer que estos menores de edad puedan desarrollar actividades por cuenta propia, en presencia de condiciones de trabajo que pongan en riesgo su seguridad y su salud.

La exposición a determinados riesgos en el desarrollo de la actividad autónoma debido a la condición de menor de quien lo realiza podría derivar en una mayor posibilidad de actualización de accidentes de trabajo debido a la falta de madurez, formación y /o experiencia del menor, junto al desconocimiento de los riesgos a los que se expone. A ello se

los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores (...). En todo caso, el empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación,(...), de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud". Sobre la protección de la seguridad y salud de los menores en la LPRL puede verse en: GONZÁLEZ DÍAZ, F.: La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales, Madrid, CES, 2002, págs. 381-396.

uniría la posibilidad de que de forma objetiva las tareas que deba desarrollar superen sus capacidades físicas o psicológicas.

Cabe advertir que ante la deficiente regulación expuesta, es posible que la persona menor trabajadora autónoma desarrolle un trabajo con un riesgo alto de siniestralidad, sin la protección social adecuada y sin las medidas prevención y protección necesarias para garantizar su seguridad y salud. Además, incluso, tales menores podrían estar realizando actividades prohibidas por el Convenio 138 de la OIT o por la Directiva 94/33/CE, sin control sobre su desarrollo.

La situación de desprotección y precariedad de este colectivo es, si cabe, aún más grave, cuando además de las consecuencias mencionadas y de la dudosa inclusión en el RETA, la LETA no ha tenido en cuenta a la hora de equiparar la edad de acceso al trabajo por cuenta propia a la del trabajo por cuenta ajena, su condición de "menores" y la características psicofísicas propias de su edad, que les convierten en personas trabajadoras especialmente vulnerables o sensibles frente a determinados riesgos derivados del trabajo, y que les hace merecedores de una especial protección frente a los riesgos del trabajo, que la LETA no ha desarrollado.

Al margen de lo previsto sobre el trabajo de menores en la Directiva 94/33/CE y en el Convenio 138 de la OIT, no existe en el ordenamiento jurídico interno, y por ende en la LETA, mención alguna a la protección de menores autónomos como trabajadores vulnerables, ni a los mecanismo de control o sanción de los incumplimientos de estas normas, tal y como exigen las citadas normas.

Esta laguna normativa supone el incumplimiento del Estado del Convenio de 138 de la OIT, que le obliga, en el caso de autorizar el trabajo a partir de los 16 años, como sucede a partir de la LETA en el trabajo autónomo– a garantizar en su legislación nacional la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que estos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente (art. 3.3 del citado Convenio). Al mismo tiempo, exige a la autoridad competente del Estado tener previstas la medidas necesarias –incluido el establecimiento de sanciones apropiadas– para asegurar la aplicación efectiva de citado Convenio, estableciendo, además, la necesidad de que la legislación nacional o la autoridad competente de cada Estado determine las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones de este Convenio (art. 9. 1 y 9.2).

En consecuencia, el Estado, ante la posibilidad de acceso al empleo autónomo de los menores permitido por la LETA, debe garantizar la protección de los jóvenes –menores de 18 años– contra los riesgo específicos para la seguridad, la salud y su desarrollo, derivados de su inexperiencia y inconsciencia y desarrollo incompleto de estos jóvenes respetando las prohibiciones, limitaciones y condiciones establecidas en la citada Directiva. Al mismo tiempo el incumplimiento del Estado respecto de la citada Directiva se produce al no tener previstos mecanismos que permitan garantizar el contenido de las citadas normas, tal y como exige el art. 14 de esta Directiva.

Cabe advertir que, en el supuesto de menores socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC) extiende la normativa laboral a este colectivo de trabajadores, ya sean considerados salarizados o autónomos .

Particularmente, esta norma dispone a que "*serán de aplicación a los centros de trabajo y a los socios trabajadores las normas sobre salud laboral y sobre la prevención de riesgos laborales, todas las cuales se aplicarán teniendo en cuenta las especialidades propias de la relación societaria y autogestionada de los socios trabajadores que les vincula con su cooperativa*" (art. 80.5 LC)³⁵.

La remisión realizada a las normas de salud laboral y de prevención de riesgos laborales se entiende realizada a las que se aplican al trabajo por cuenta ajena, es decir a lo dispuesto en la LRPL y a su normativa de desarrollo, tal como reconoce la propia LPRL, que considera dentro de su ámbito de aplicación a este colectivo. Además, de forma expresa, la LC establece que los socios trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajo nocturno ni cualquier otro que el Gobierno declare, insalubre, penoso, nocivo o peligroso para la salud y para la formación profesional o humana de los asalariados menores de dicha edad (art. 80.6 LC).

En consecuencia, los menores de 18 años y mayores de 16, socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado incluidos en el RETA, gozan de una mayor protección en materia de seguridad social y de prevención de riesgos laborales que el resto de los menores autónomos que pueden ejercer una actividad por cuenta propia en los términos prevista LETA, al equipararse su protección en materia de seguridad y salud a la de las personas que trabajan por cuenta ajena.

La aplicación a los socios trabajadores de la cooperativa de trabajo asociado de la normativa en materia de prevención de riesgos, supone reconocer al socio trabajador un "alma de trabajador autónomo" pero un "cuerpo de trabajador dependiente"³⁶, al tiempo que demuestra que lo importante no es el vínculo jurídico en virtud del cual se desarrollan estas actividades sino las condiciones de trabajo en las que de manera efectiva se ejecutan.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, respecto de la posibilidad de que los mayores de 16 años y menores de 18 puedan desarrollar un trabajo por cuenta propia a partir de una lectura *a sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 9 de la LETA, cabe precisar que:

En relación a la edad de acceso al trabajo autónomo, con las excepciones advertidas, resulta cuestionable la capacidad de estos menores para ejecutar de forma autónoma una actividad en los términos exigidos por el art. 1.1 de la LETA, de conformidad con lo dispuesto en las normas civiles y mercantiles sobre capacidad de obrar. A tal efecto, sería preciso la revisión de la LETA, en aquellos aspectos relacionados con la capacidad de obrar de estos menores, y los requisitos del art. 1.1. LETA.

³⁵ Un estudio particular de la aplicación de la LPRL en el ámbito de las cooperativas puede verse en PÉREZ CAMPOS, A.I: "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, nº 53, págs. 69-71.

³⁶ En estos términos califica al trabajador de la cooperativa de trabajo asociado, GARCÍA BLASCO, J.: "La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 37, 2014, pág.2 (versión digital).

Las contradicciones entre el RETA y la LETA en cuanto a la edad mínima que se exige a quien trabaja por cuenta propia, y las dudas sobre la inclusión o no en el RETA de los menores de 18 años, conduce a una insuficiente protección social de estas personas menores de edad, frente a los riesgos de su trabajo, al tiempo que impide el incremento del número de cotizantes.

La autorización del trabajo por cuenta propia realizado por parte de los menores sin permitir, de forma simultánea, su encuadramiento en el RETA, al margen de la opción –que siempre existe– de recurrir al aseguramiento privado, supone mantenerles en unos niveles de protección social inadecuados.

Ello es así pues se les priva de la posibilidad de generar cotizaciones de cara a futuras prestaciones, como la jubilación; se les impide el acceso a la protección social derivada de contingencias profesionales, lo que supone que los daños de origen laboral se califiquen como contingencias comunes; y, en relación al derecho de asistencia sanitaria y farmacéutica, se encuentran en una situación irregular, pues en caso de sufrir daños de origen laboral, las personas menores de edad autónomas tendrían derecho a la asistencia sanitaria y farmacéutica como beneficiarias de quien sea titular del derecho, o como personas sin recursos, si no superan los límites de ingresos establecidos, pero no en calidad de persona trabajadora.

Por ello, la situación descrita plantea la necesidad de inclusión de este colectivo en el Sistema de Seguridad Social y su encuadramiento en el RETA de forma clara, coherente y coordinada con la política de autorización del trabajo autónomo por parte de los menores de edad llevada a cabo por la LETA.

Esta inclusión garantizará que estas personas trabajadoras puedan acceder a una protección social adecuada y de conformidad con los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social.

La ausencia de un marco normativo adecuado que garantice la protección de las personas autónomas menores de edad demuestra el abandono total del legislador de este colectivo en materia de la seguridad y salud en el trabajo y protección social, dejando en manos del propio menor o de sus representantes su protección, al tiempo que afecta de forma negativa al desarrollo económico y social del país.

En la práctica, estos menores podrían estar desarrollando un trabajo autónomo en condiciones de riesgo para su salud sin una protección adecuada en la materia, y sin posibilidad de concertar la protección social por contingencias profesionales, pues la LGSS excluye del RETA a los menores de 18 años en los términos ya mencionados.

Al margen de lo previsto sobre el trabajo de menores en la Directiva 94/33/CE y en Convenio 138 de la OIT, no existe en el ordenamiento jurídico interno, y por ende en la LETA, mención alguna a la protección de menores autónomos como trabajadores vulnerables, ni a los mecanismo de control o sanción de los incumplimientos de estas normas, tal y como exigen las mismas.

Por otro lado, cabe advertir que la equiparación de la edad de acceso al empleo por cuenta propia con carácter general a partir de los 16 años, y la ausencia en la LETA de un marco jurídico que proteja el trabajo de estas personas particularmente vulnerables, supone

un agravio comparativo respecto de la actividad asalariada, donde existe un desarrollo normativo protector de los menores trabajadores y donde los incumplimientos de las normas sobre el trabajo de menores están tipificados y se sancionan de conformidad con lo dispuesto en la LISOS, siendo la Inspección de Trabajo el órgano encargado de vigilar y controlar su cumplimiento en el ámbito del trabajo por cuenta ajena.

La falta de una regulación interna protectora del trabajo autónomo por parte del colectivo de menores supone un incumplimiento del Estado del Convenio de 138 de la OIT que le obliga en el caso de autorizar el trabajo a partir de los 16 años, –como sucede a partir de la LETA en el trabajo autónomo– a garantizar en su legislación nacional la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes y a asegurar que éstos hayan recibido la instrucción y/o la formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente (art. 3.3 del citado Convenio). Al mismo tiempo, exige a la autoridad competente del Estado tener previstas las medidas necesarias –incluido el establecimiento de sanciones apropiadas– para asegurar la aplicación efectiva de citado Convenio, estableciendo además, la necesidad de que la legislación nacional o la autoridad competente de cada Estado determine las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones de este Convenio (art. 9. 1 y 9.2).

Por todo ello, es necesario establecer un marco normativo suficiente en materia de prevención de riesgos laborales –siguiendo la línea de protección que poseen las personas menores de edad que trabajan por cuenta ajena pero atendiendo a las peculiaridades del trabajo autónomo³⁷–, que proteja a estos menores autónomos, en cumplimiento además, tanto del Convenio 138 de la OIT como de la Directiva 94/33/CE, siendo conveniente, como advierte un sector de la doctrina, la configuración de una regulación específica del trabajo desarrollado por las personas menores de edad, que sea aplicable tanto al trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia³⁸.

³⁷ SELMA PENALVA, A., El Régimen Jurídico del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, cit., pág. 162, se plantea si es posible entender tácitamente extendidas las normas laborales sobre la protección de menores a la actividad por cuenta propia, considerando que las previsiones normativas de seguridad y salud en el trabajo de los menores de edad que presten servicios en territorio español, “pueden considerarse constitutivas del «orden público» interno de nuestro país y por tanto de exigencia obligada”.

³⁸ Véase, IGARTUA MIRÓ, M.T. Y MARÍN ALONSO, I.: “Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea” cit., pág.538; MENÉNDEZ, SEBASTIÁN, P.: “Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada”, Revista Social de Derecho, 1999, nº 8, pág. 72.

