



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

MÁSTER DE ABOGACÍA
CURSO 2019/2020

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**LA FIGURA DEL TRADE Y LA PROBLEMÁTICA DEL FALSO
AUTÓNOMO**

**A FIGURA DO TRADE E A PROBLEMÁTICA DO FALSO
AUTÓNOMO**

**TRADE AND THE PROBLEMS CONCERNING THE FALSE
AUTONOMOUS WORKER**

Autor: Jesús Moreno Garríguez

Tutor: Alberto Arufe Varela

INDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN	4
2. CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO.	5
3. APROXIMACIÓN LEGISLATIVA AL TRADE.	8
3.1. Concepto, requisitos y reconocimiento.	8
3.2. Requisitos y forma de la contratación.	12
3.3. Registro del contrato.	15
3.4. Acuerdos de interés profesional.	16
3.5. Jornada Laboral.	18
3.6. La extinción contractual.	19
3.7. Interrupción justificada de la actividad profesional.	24
3.8. Competencia jurisdiccional.	24
3.9. Breve valoración.	26
4. EXIGENCIAS MATERIALES PARA LA DIFERENCIACIÓN CON EL TRABAJO SUBORDINADO Y EL TRABAJO AUTÓNOMO ORDINARIO.	27
4.1. La problemática del falso Autónomo.	28
5. CASO GLOVO. EL FRAUDE DEL FALSO AUTÓNOMO.	29
5.1. Nomen iuris.	33
5.2. No trascendencia de la afiliación al RETA.	35
5.3. Confeccionamiento de las facturas.	35
5.4. El salario.	36
5.5. Ajenidad.	37
5.6. Dependencia.	42
5.7. Conclusión.	44
6. SANCIONES POR FALSO AUTÓNOMO.	45
7. CONCLUSIONES.	47
8. BIBLIOGRAFÍA.	51

ABREVIATURAS

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución española.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

FD: Fundamento de Derecho.

IRPF: Impuesta sobre la Renta de las Personas Físicas.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LETA: Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

RD: Real Decreto.

RETA: Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomo.

SS: Seguridad Social.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TRADE: Trabajador autónomo económicamente dependiente.

UNIF: Unificación.

1. INTRODUCCIÓN

Un trabajador que se gana la vida como repartidor a domicilio para una famosa compañía de reparto, entra en tu despacho y te expresa, a modo de consulta, que actualmente está contratado y ejerce como Trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), sin embargo, dadas las recientes noticias que ha oído en televisión acerca de empresas que utilizan falsos autónomos, tiene dudas respecto a si este modelo de contratación podría considerarse un fraude, ya que argumenta que la práctica totalidad de los paquetes que entrega lo hace por orden de la empresa, siendo esta su principal proveedor y marcándole esta sus horarios y forma de ejercer. Lo que el cliente desea es que des una respuesta a esta pregunta y que, en caso de tratarse de una contratación en forma fraudulenta, tomes las acciones necesarias para revertir esa situación a la legalidad.

A lo largo de este trabajo responderemos a esta cuestión, delimitando el alcance de la figura del TRADE, estudiando los elementos que la componen y cuál es el umbral tras el cual lo que se esconde detrás de esa apariencia es realmente un falso autónomo.

Estudiaremos los elementos que caracterizan la relación laboral, extremo de vital importancia si lo que queremos es poder distinguir un TRADE de un asalariado, así como los extremos que han sido establecidos por la jurisprudencia consolidada como posibles indicios de relación laboral; de tal forma que, de presentarse un trabajador con estas dudas en nuestro despacho, sepamos exactamente donde debemos centrar nuestra atención. Finalmente, haremos un breve repaso de las sanciones que esta práctica puede acarrear, ello de nuevo con el fin práctico de poder asesorar a nuestro cliente en el caso de que este sea el empresario y no el trabajador.

Para dar respuesta a este tema de tan rabiosa actualidad, atenderemos de forma primordial a la legislación y jurisprudencia aplicable en este momento, así como a los comentarios doctrinales de distintas autoridades en esta materia, procurando que al final de este trabajo se hayan expresado de manera inequívoca los requisitos y límites de esta figura de gran trascendencia para el abogado laboralista.

2. CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la figura del Trabajador autónomo económicamente dependiente es una figura, aún hoy en día, esencialmente novedosa. Su aparición/reconocimiento por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se remonta a la aprobación del denominado Estatuto del Trabajo Autónomo¹. Se trata de una Ley que pretende ofrecer una regulación básica, pero al mismo tiempo general, de todo el trabajo autónomo, pero contemplando igualmente dentro de uno de sus capítulos una regulación específica del trabajo autónomo económicamente dependiente como una modalidad muy singular del trabajo autónomo, donde no sólo se contemplan sus especialidades en lo que se refiere al régimen contractual de derechos y deberes entre las partes de la correspondiente relación profesional, sino que pretende ofrecer también algunas particularidades en lo que afecta a sus derechos colectivos, a su régimen de protección social e incluso a la tutela judicial en relación a posible litigios derivados de la constitución, ejecución y resolución del contrato².

Esta modalidad contractual comporta una ruptura significativa respecto a la tradicional dicotomía autónomo/empleo asalariado por cuenta ajena que hasta entonces reinaba en nuestro Ordenamiento Jurídico, motivo por el cual el nacimiento de esta figura ha suscitado una gran polémica y conllevado una enorme litigiosidad.

Desde un punto de vista histórico, social, económico e incluso jurídico, la figura del trabajador autónomo actual dista mucho de la de hace unas décadas. En este momento histórico, de drásticos y constantes cambios, tecnológicos sobre todo (pero no exclusivamente), han surgido muchas nuevas formas de entender el empleo e incluso el propio trabajo. El nacimiento de nuevas aplicaciones ha sustituido el comercio tradicional, la posibilidad de emprender y llevar a cabo tu propio negocio ya no es un imposible para la mayoría de la población, sino que es una realidad que está al alcance de la mayor parte de las personas, y se detecta cada vez con mayor frecuencia el nacimiento de nuevos autónomos que, sobre todo en su fase inicial, prescinden de tener ningún trabajador asalariado. En concreto, en el año que se promulgó esta Ley existían 1.755.703 de autónomos sin ningún trabajador asalariado en nómina³. Cantidad que con el tiempo no ha hecho más que subir. Conforme a los datos más recientes del Instituto Nacional de

¹ Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE de 12 de julio).

² CRUZ VILLALÓN, J.: “El trabajo autónomo dependiente en España, breve valoración tras algunos años de aplicación”. Dialnet, Documentación Laboral, ISSN 0211-8556, Nº 98, 2013, págs. 19-36. Pág. 24.

³ Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE de 12 de julio). Preámbulo.

Estadística, correspondientes al tercer trimestre de 2019, solo el 22,2% de las personas trabajadoras por cuenta propia tiene asalariados a su cargo⁴.

Existen una gran cantidad de países que han regulado ya esta figura, que cabalga entre el trabajo autónomo y el asalariado; en Europa, sin ir más lejos, la han desarrollado países como Italia, Austria, España, Alemania, Portugal y el Reino Unido. En el Reino Unido existe la categoría de “worker”. Este se distingue del asalariado en que desempeña su trabajo como un autónomo, sin encontrarse bajo la autoridad del empleador. En Italia, lo regulan como “parasubordinación”, y es de aplicación a los trabajadores asalariados contratados mediante un “contrato de colaboración coordinada y continua”, así como a los que participan en un “contrato de colaboración de proyecto”. Por otro lado, en Austria, han desarrollado formas contractuales específicas bastante parecidas a las de nuestra legislación, en concreto, nos encontramos con los “Freie Dienstverträge”, los trabajadores contratados mediante este tipo de contratos se distinguen de los asalariados por el hecho de que, pese a que trabajan con asiduidad para una sola persona y según un calendario determinado, no están encuadrados en una relación de subordinación. En Alemania, existe la figura del “Arbeitnehmerähnliche Person” (persona asimilada a un trabajador). Esta categoría de trabajadores, considerados distintos de los asalariados por la normativa laboral, se aplica a aquellas personas que, en el marco de un contrato mercantil o de prestación de servicios, desempeñan su trabajo personalmente, sin recurrir a la contratación de asalariados y de forma que más del 50 % del volumen de negocio proviene de un único cliente⁵.

Como hemos visto, se trata de una figura muy extendida en Europa, sin embargo, no cabe la menor duda de que la expresión “*Trabajador autónomo económicamente dependiente*” a primera vista ostenta una contradicción en los términos. Es cierto que quien es “*autónomo*” no puede ser “*dependiente*”, del mismo modo que quien trabaja en régimen de “*dependencia*” no puede hacerlo como “*autónomo*”. Lo que sucede es que el calificativo va aplicado a perspectivas diferenciadas. En efecto, como veremos, tienen la condición de “autónomos” en la medida en que son titulares de su propia organización productiva y no se someten al poder de dirección de otro empresario, por tanto, en sentido

⁴http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2019/3TRIMESTRE/Resumen_resultados_septiembre_2019.pdf

⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente» (Dictamen de iniciativa) (2011/C 18/08)

negativo, no pueden considerarse trabajadores en régimen de subordinación sometidos a la legislación laboral. Pero al mismo tiempo, tienen la condición de dependencia en el sentido de que prestan sus servicios de manera prevalente para un mismo cliente, del cual obtienen sus principales ingresos económicos, en términos tales que ese cliente de facto condiciona la forma y el modo de organización de la propia empresa del autónomo. Por ello, **conviene sobre todo no confundir nunca esta figura con el falso autónomo**, pues aquí no hay uso fraudulento de la contratación por cuenta propia. Pero, de igual forma, no puede atenderse esta realidad social y económica bajo las claves tradicionales del ejercicio de las profesiones liberales⁶.

Sin embargo, para que esto pueda ser posible, debe adoptarse un régimen jurídico que mire esta nueva realidad social desde un prisma que comprenda tanto la desigualdad de poder existente entre las partes, propia del Derecho Laboral, como la autonomía y autoorganización que debe tener el autónomo dependiente más propia de figuras del Derecho Civil y mercantil. Con la complejidad que mantener este equilibrio conlleva.

Se difiere como conclusión que el TRADE, siempre que el régimen jurídico que le acompañe sea el adecuado, no constituye una ficción creada por el Derecho, sino, a la inversa, una tipología específica y real de trabajador autónomo que puede ser asumida por el ordenamiento jurídico como una figura singular que requiere de un tratamiento legal diferenciado.

⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El trabajo autónomo dependiente en España, breve valoración tras algunos años de aplicación”. Op cit. Pág. 25.

3. APROXIMACIÓN LEGISLATIVA AL TRADE

La figura del Trabajador Autónomo económicamente dependiente (TRADE de ahora en adelante) fue introducida en la legislación laboral española por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA). Aparece recogido en el título I, capítulo III de la mencionada Ley, en el artículo 11 y siguientes.

En estos artículos se plasma la esencia de lo que constituye el TRADE, dándonos las claves que lo diferencian del autónomo tradicional.

3.1. Concepto, requisitos y reconocimiento

En primer lugar, el artículo 11 sobre *Concepto y ámbito subjetivo*, aproxima la definición del trabajador autónomo económicamente dependiente en su punto primero, y lo hace de la siguiente manera:

“aquellos que realizan una actividad económica profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.”

De esta definición extraemos los rasgos más básicos o esenciales, que debemos dividir en dos partes, en primer lugar, la realización de una actividad económica profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa. Hasta aquí, un TRADE es un trabajador autónomo porque su actividad tiene las mismas notas que caracterizan al autónomo como tal, así, estas notas permiten que se sea autónomo también a efectos del régimen de seguridad social aplicable⁷.

Respecto a la habitualidad, es una característica esencial para conceptualizar la relación de trabajador autónomo. Sin embargo, no se debe confundir con la periodicidad, sino que, para apreciar la habitualidad, el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe. Y ello no concurre cuando una labor es secundaria o complementaria de otra principal que constituye el núcleo central de su actividad productiva. Aunque la lógica nos lleva a calificar en el TRADE la habitualidad como sinónimo de continuidad en sentido estricto

⁷ BALLESTER PASTOR, I.: “Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad”. ATELIER, Barcelona, 2016. Pág. 87.

en la realización del trabajo. De manera que en el art. 11.1 de la LETA el requisito de la habitualidad debe ser entendido en su tenor literal, prestación continuada de trabajo para un mismo empresario, lo cual, además, dotaría de sentido las previsiones que esta misma norma contiene más adelante sobre la duración de la jornada, descanso semanal y vacaciones⁸.

Respecto a la realización de la actividad a título lucrativo, se traduce en la necesidad de que exista un ánimo de obtener beneficios de naturaleza económica.

En lo que concierne al ejercicio de la actividad de forma personal y directa, estos requisitos también requieren una redefinición cuando se predicen respecto al TRADE. En efecto, en la definición de trabajador autónomo recogida en la LETA existe la mención del carácter personal. Si bien doctrina y jurisprudencia coinciden en que no es necesario que la mencionada actividad sea físicamente desarrollada por el trabajador autónomo, ya que existen supuestos en que se sirve de trabajadores o colaboradores para llevar a cabo la explotación prevista. La actividad, en este caso, consistirá en la supervisión y gestión de las labores encomendadas, no quedando, por ello, invalidado el carácter personal y directo. Esta noción en el TRADE, en cambio, cualifica como **personalísima e insustituible** la prestación de este tipo de trabajadores ya que, en virtud del art. 11.2 de la LETA, no se les permite tener a su cargo trabajadores por cuenta ni contratar o subcontratar su actividad⁹.

Por otra parte, el ejercicio de su actividad debe ser de manera predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Por ingresos percibidos del cliente, se entiende los rendimientos íntegros, ya sean dinerarios o en especie, procedentes de la actividad como trabajador por cuenta propia. Para calcular el 75% de tales ingresos, deben ponerse en relación **con los ingresos totales percibidos por el autónomo** por rendimientos de actividades económicas o profesionales por el trabajo por cuenta propia realizado **para todos los clientes**, incluido el que determina la condición de autónomo dependiente, así como los rendimientos que pudiera

⁸ CRUZ VILLALÓN, J. VALDÉS DAL-RE, F.: "El estatuto del trabajo autónomo". LA LEY, Madrid, 2008. Pág. 208.

⁹ CRUZ VILLALÓN, J. VALDÉS DAL-RE, F.: "El estatuto del trabajo autónomo". Op. cit. Pág. 209.

tener como trabajador por cuenta ajena en virtud de un contrato de trabajo, sea con otros clientes o empresarios o con el propio cliente. Se excluyen los ingresos procedentes de rendimientos del capital o plusvalías derivadas de la gestión del patrimonio personal y los procedentes de la transmisión de elementos afectos a actividades económicas¹⁰.

Es importante mencionar que la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, como es lógico, sólo se puede ostentar respecto de un único cliente¹¹.

En concurrencia con los requisitos de autonomía funcional y dependencia económica, ya explicados, han de darse de manera simultánea la totalidad de los siguientes **requisitos adicionales**, recogidos en el artículo 11.2 LETA, ya que la ausencia de uno solo de ellos impide alcanzar la condición de TRADE¹²:

“El hecho de no reunir la totalidad de los presupuestos enunciados en el art. 11.2 de la Ley 20/2007 (...) nos lleva a rechazar la naturaleza de autónomo dependiente.”

Estos requisitos son:

- a) **No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros**, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
- b) **No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores** que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- c) **Disponer de infraestructura productiva y material propios**, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- d) **Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios**, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. He aquí uno de

¹⁰ Art.2 del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

¹¹ STSJ de Castilla y León de 17 de marzo de 2010 (LA LEY 51573/2010) STSJ Cataluña de 30 de octubre de 2009 (LA LEY 227677/2009).

¹² STSJ Cantabria de 26 de junio de 2009 (LA LEY 109745/2009).

los puntos más relevantes que deberemos tener en cuenta a la hora de distinguir un falso autónomo de un verdadero TRADE.

- e) **Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad**, de acuerdo con lo pactado con el cliente y **asumiendo riesgo y ventura de aquélla**.

Se incluye también una **cláusula de exclusión en su punto 3**, la cual nos permite que, en el caso de identificar que se da el requisito señalado en esta cláusula, descartemos automáticamente que se trate de un TRADE:

“Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.”

Como podemos observar, este artículo nos aporta el núcleo esencial de lo que constituye la figura que estamos analizando. Aunque para una comprensión en profundidad también será necesario su análisis y comparación de lo que realmente le separa tanto del autónomo tradicional, como del profesional asalariado por cuenta ajena.

Por otro lado, conforme al artículo 11 bis de la mencionada Ley sobre *Reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente*, que dispone que el trabajador autónomo que reúna las condiciones mencionadas en el apartado anterior para ser reconocido como TRADE, podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente. En el caso de que el cliente se niegue a la formalización del contrato o cuando transcurrido un mes desde la comunicación no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

Es importante remarcar que en el caso de que el órgano jurisdiccional del orden social reconozca la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, al entenderse cumplidas las condiciones recogidas en el artículo 11, el trabajador solo podrá

ser considerado como tal desde el momento en que se hubiere recibido por el cliente la comunicación mencionada en el párrafo anterior.

Así mismo, es muy importante remarcar que, conforme al artículo 11 bis párrafo segundo, el reconocimiento judicial de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente no tendrá ningún efecto sobre la relación contractual entre las partes anterior al momento de dicha comunicación.

3.2. Requisitos y forma de la contratación

Respecto a la forma de la contratación, el artículo 12 en su punto 1 es nítido en cuanto a su redacción cuando especifica que el contrato para la realización de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente **se formalizará siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente**. Dicho registro no tendrá carácter público, esto es, no será accesible a terceros.

Por otra parte, **el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate**, así como las variaciones que pudiesen producirse al respecto. La condición de dependiente, por su propia naturaleza, sólo se podrá ostentar respecto de un único cliente.

Para el supuesto de un trabajador autónomo que contratase con varios clientes su actividad profesional o la prestación de sus servicios, cuando se produjera una circunstancia sobrevenida del trabajador autónomo cuya consecuencia derivara en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 11, es decir, en caso de que este pudiese ostentar la condición de TRADE por cumplir con los requisitos exigidos en la legislación, es muy importante saber que, conforme al artículo 12.3, **se ha de respetar íntegramente el contrato firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo**, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un trabajador autónomo económicamente dependiente.

Por otra parte, cuando el contrato no se formalice por escrito o no se hubiera fijado una duración o un servicio determinado, la Ley establece en el artículo 12.4 una **presunción *iuris tantum* de que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido**.

En relación con la naturaleza consensual o formal de la contratación de trabajadores autónomos económicamente dependientes se ha pronunciado ya la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias como las de fecha de 11 de julio de 2011¹³. En ellas entendió que el **requisito de forma escrita del contrato que resulta del artículo 12.1 de la Ley no tiene naturaleza constitutiva o *ad solemnitatem*, sino únicamente probatoria**, encontrándonos por tanto ante un contrato de naturaleza consensual. Así, en la Sentencia del Tribunal Justicia de Cantabria número 556/2009 de 26 de junio de 2009¹⁴, se explica de forma magistral este punto, que acarrea dos consecuencias claras:

- 1) En primer lugar, niega el carácter constitutivo del requisito de forma escrita. Lo que significa que la falta de este requisito no puede ocasionar la nulidad radical del contrato.
- 2) En segundo lugar, la falta de forma escrita determina, en todo caso, una presunción *iuris tantum* de que nos encontramos ante un trabajador autónomo ordinario, mientras que el acogimiento a la forma escrita genera la presunción contraria a favor de la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente.

En cuanto a la mencionada sentencia, se destaca el análisis que realiza de este extremo: *“El requisito de forma escrita, recogida en el art. 12 LETA, es acorde con lo previsto en el art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores (“deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal”). Ahora bien, dicho requisito, previsto igualmente para otros contratos de trabajo (cooperantes en el extranjero, empleados públicos, contrato de embarco o enrolamiento), no puede tener carácter constitutivo, al oponerse a lo dispuesto en los arts. 1278 y siguientes del Código Civil. Así, la STS de 5-5-1971 negó que la falta de forma escrita produjera la nulidad radical de un contrato. En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de 29-10-2008 (r. 1019/2008) nos dice que: “ni en el artículo 12 de la Ley 20/2007 ni en ninguna otra disposición del Estatuto del Trabajo Autónomo se dice que el incumplimiento de los requisitos de forma regulados en dicho precepto tenga otro efecto distinto al previsto en el artículo 1279 del Código Civil, ni mucho menos la nulidad*

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011 (LA LEY 180276/2011).

¹⁴ Sentencia del TSJ Cantabria de 26 de junio de 2009 (LA LEY 109745/2009).

*del contrato, por lo que, en ausencia de disposición expresa, han de jugar con carácter supletorio las normas del Código Civil..."; añadiendo que "La conclusión de todo ello, siguiendo además el criterio analógico del artículo 4.1 del Código Civil en relación con el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores , es que **la falta de forma escrita determina simplemente una presunción iuris tantum de que nos encontramos ante un trabajador autónomo ordinario, mientras que el acogimiento a la forma escrita genera la presunción contraria a favor de la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente. Pero ambas presunciones son "iuris tantum", al igual que en el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores , esto es, afectan únicamente a la distribución de la carga de la prueba y pueden romperse mediante prueba en contrario que acredite el cumplimiento de los requisitos del artículo 11 de la Ley 20/2007 "**, pues "de lo contrario, resultaría que la aplicación del régimen legal previsto en la Ley para los trabajadores autónomos económicamente dependientes carecería de virtualidad salvo que las dos partes consintieran en su aplicación, lo que parece que no es la intención del legislador".*

En relación con el requisito del artículo 12.2, esto es, que conste expresamente en el contrato la condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, quedando obligado a comunicar a este las variaciones que se produjeran al respecto, lo que ha remarcado el Tribunal Supremo es que es obligatorio que el trabajador informe al empresario sobre la concurrencia de las características de la dependencia económica prevista legalmente y que la falta de conocimiento por el cliente de las mismas impide la aplicación del régimen legal del trabajador autónomo económicamente dependiente. Establece el Tribunal Supremo¹⁵:

*"Distinto es el caso de la exigencia de comunicación que establece el art. 12.2 LETA, a tenor del cual "el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto". Esta ya no es una exigencia formal, sino que se relaciona con el necesario conocimiento por el empresario de uno de los presupuestos del contrato: la situación de dependencia económica (...) la comunicación de la situación de dependencia **es un requisito** para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece."*

¹⁵ STS de 11 de julio 2011 (LA LEY 180276/2011).

Este requisito se vincula por la Sentencia con el *“necesario conocimiento por el empresario de uno de los presupuestos del contrato: la situación de dependencia económica”*. La situación económica, en la mayoría de los casos, sólo puede ser conocida por el propio trabajador autónomo, debido a que es él, y no el empresario, quien ostenta la información necesaria sobre los clientes para los que presta servicios y los ingresos que percibe de ellos. En consecuencia, un cliente que concierta un contrato sin conocer ese dato, podría estar asumiendo un contrato de trabajo autónomo dependiente cuando su verdadera intención es la de establecer un contrato civil o mercantil con un trabajador autónomo ordinario. Razón por la cual *“la comunicación de la situación de dependencia es un requisito ineludible para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece”*.

3.3. Registro del contrato

El contrato de TRADE, por otra parte, está sujeto al *Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos*, por lo que, siguiendo las instrucciones del artículo 6 de dicho cuerpo legal, **el contrato deberá ser registrado por el trabajador autónomo económicamente dependiente en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su firma**, comunicando al cliente dicho registro en el plazo de cinco días hábiles siguientes al mismo. Transcurrido el plazo de quince días hábiles desde la firma del contrato sin que se haya producido la comunicación de registro del contrato por el trabajador autónomo económicamente dependiente, será el cliente quien deberá registrar el contrato en el Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de diez días hábiles siguientes. El registro se efectuará en el Servicio Público de Empleo Estatal.

A su vez, en el contrato deben constar una serie de extremos por mandato del artículo 4 del RD 197/2009, que son:

- Identificación de las partes contratantes.
- La precisión de los elementos que configuran la condición de económicamente dependiente del trabajador autónomo respecto del cliente con el que contrata.

- El objeto y causa del contrato, precisando para ello, en todo caso, el contenido de la prestación del trabajador autónomo económicamente dependiente, que asumirá el riesgo y ventura de la actividad y la determinación de la contraprestación económica asumida por el cliente en función del resultado, incluida, en su caso, la periodicidad y el modo de ambas prestaciones.
- El régimen de la interrupción anual de la actividad, del descanso semanal y de los festivos, así como la duración máxima de la jornada de la actividad, incluyendo su distribución semanal si ésta se computa por mes o año.
- El acuerdo de interés profesional que, en su caso, sea de aplicación, siempre que el trabajador autónomo económicamente dependiente dé su conformidad de forma expresa.

Finalmente, en el RD 197/2009 se establece una obligación para el TRADE de acreditación de la condición a requerimiento del cliente, tanto en la fecha de celebración del contrato como en cualquier otro momento de la relación contractual siempre que desde la última acreditación hubiesen pasado al menos seis meses.

3.4. Acuerdos de interés profesional

El artículo 13 de la presente Ley establece que los acuerdos de interés profesional serán, asimismo, fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Estos, conforme al mencionado artículo, se conciertan entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad. Mediante este acuerdo, podrán establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación.

De esta forma, toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho

trabajador por haber prestado su consentimiento. **Ejerciendo por tanto estos acuerdos como una suerte de convenio colectivo.**

Se trata, pues, de un instrumento típicamente laboral, pero este artículo prescinde de cualquier amparo en el artículo 37 CE –derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo– arrojándose así a las manos del Derecho Común, el Código Civil¹⁶. Consecuencia de ello, esta forma de negociación es más informal y debilitada que la vinculada a la garantía constitucional y estatutaria laboral, por lo que conviene destacar que el reconocimiento de estos acuerdos no significa trasladar la negociación colectiva tal y como la conocemos a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual¹⁷.

Es importante remarcar que, conforme al artículo 13. 4 LETA **la eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes** y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello. Esto constituye un punto de ruptura muy importante respecto al artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Es decir, la eficacia normativa del Convenio Colectivo se traduce en una aplicación imperativa y automática de aquél a las concretas relaciones de trabajo individuales, se encuentre o no afiliado el trabajador al sindicato o asociación firmante. Sin embargo, para el caso de los TRADE, estos acuerdos de interés profesional solo producirán efectos si el TRADE ha prestado consentimiento expreso para ello. Lo cual suele traducirse en una desventaja, ya que en la mayoría de los casos estos convenios/acuerdos mejoran las condiciones individuales del contrato. **Estos acuerdos deberán concertarse siempre por escrito.**

Un ejemplo ilustrativo de esto nos lo aporta la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) **núm. 91/2015 de 27 mayo**¹⁸, en la cual se establece que

¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El estatuto del trabajador autónomo, comentario a la Ley 20/2007 de 2 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo.” Cap. “Régimen del trabajador económicamente dependiente”. (MONEREO PÉREZ, JL., Dir.), COMARES, Granada, 2009. Pág. 172.

¹⁷ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Régimen profesional, derechos colectivos y seguridad social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo”. EOLAS, León, 2009. Pág. 77.

¹⁸ Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 91/2015 de 27 May. 2015 (LA LEY 72986/2015).

solo tendrán derecho a las condiciones pactadas en el acuerdo de interés profesional los afiliados a UGT y no a CCOO, por ser el primero el único sindicato firmante. Extremo que no sucedería con la legislación laboral:

“Por tanto, al no haber firmado CCOO el Acuerdo, a pesar de que intervino en las negociaciones, es claro que no se aplica a los afiliados a dicho sindicato (...) El presente Acuerdo modifica el modelo retributivo de los TRADE de AIP, y será únicamente de aplicación a los trabajadores afiliados al sindicato UGT firmante del presente acuerdo que se adhieran expresamente al mismo. A efectos de poder aplicar el presente acuerdo, será necesario que el TRADE manifieste de forma expresa la adhesión al acuerdo y acredite la afiliación al sindicato UGT, tal y como establece el artículo 13.4 de la LETA. (Los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del código civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados, a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello”.

3.5. Jornada Laboral

Conforme a la concepción clásica del trabajo autónomo, no es tanto el tiempo utilizado en la realización del trabajo lo que cuenta para el cliente ni para la sociedad, sino más bien el resultado que se obtiene con la obra o con el servicio prestado. Aceptando esta perspectiva, la LETA regula expresamente algunas normas mínimas de Derecho necesario en materia de jornada para la actividad profesional¹⁹. Si bien cabe aclarar que se aleja en gran medida del Derecho Laboral al no establecer normas imperativas, de modo que el **dominio de la libertad de pactos** es aquí casi pleno.

El artículo 14 de la LETA establece el derecho a una interrupción anual de la actividad de 18 días hábiles, todo ello sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante el contrato o, menos probable, mediante acuerdo de interés profesional, a través de los cuales será determinado el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal.

¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El estatuto del trabajador autónomo, comentario a la Ley 20/2007 de 2 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo.” Cap. “Régimen del trabajador económicamente dependiente”. Op. cit. Pág. 179.

Respecto a la interrupción anual, pese a que parece configurarse como un derecho mínimo que no puede más que ser mejorado, la realidad práctica ha demostrado que su papel es prácticamente simbólico, principalmente porque **no se trata de un derecho vacacional retribuido**, lo que dificulta en gran medida el goce de esta.

Por otra parte, **cabe la realización voluntaria de actividad por tiempo superior al pactado** contractualmente en virtud del 14.3:

“La realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente será voluntaria en todo caso, no pudiendo exceder del incremento máximo establecido mediante acuerdo de interés profesional. En ausencia de acuerdo de interés profesional, el incremento no podrá exceder del 30 por ciento del tiempo ordinario de actividad individualmente acordado.”

La cuestión fundamental es: ¿resulta coherente pactar una jornada concreta con un trabajador que se supone autorregulador de su trabajo?²⁰. A mí modo de ver esto plantea una contradicción evidente, más aún cuando uno de los requisitos necesarios para alcanzar la condición de TRADE es la autorregulación. Si realmente se quería regular la jornada, la doctrina opina que debería ser la Ley y no los acuerdos de interés profesional o el contrato donde se determinaran las garantías mínimas, como así opina el catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Javier Fernández-Costales Muñoz, debido a que actualmente se ocasiona una suerte de “mero espejismo de la regulación legal”²¹.

3.6. La extinción contractual

El artículo 15 de la LETA regula la extinción de la relación contractual entre las partes por una serie de circunstancias *numerus clausus* y que no difieren en exceso de lo previsto para la extinción de un contrato de trabajo, si bien este elenco de circunstancias es más corto que el del art. 49.1 ET pues se han excluido, lógicamente, los supuestos extintivos que solo tienen sentido en el ámbito de una relación de trabajo subordinado. Se

²⁰ RIVAS VALLEJO, P.: “Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo”. Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, número 136, 2007. ISSN 0212-6095, págs. 763-812. Pág. 796.

²¹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: “Régimen profesional, derechos colectivos y seguridad social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo”. Op. cit. Pág. 81.

incluyen entre las causas constitutivas de la extinción contractual, a modo simplemente enumerativo:

- a) Mutuo acuerdo de las partes.
- b) Causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto.
- c) Muerte y jubilación o invalidez incompatibles con la actividad profesional, conforme a la correspondiente legislación de Seguridad Social.
- d) Desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, debiendo en tal caso mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.
- e) Voluntad del trabajador autónomo económicamente dependiente, fundada en un incumplimiento contractual grave de la contraparte.
- f) Voluntad del cliente por causa justificada, debiendo mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.
- g) Por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género.
- h) Cualquier otra causa legalmente establecida.

Uno de los puntos que más litigiosidad ocasiona es el tema de la indemnización en caso de resolución contractual. Esta puede surgir en 3 casos:

1. Cuando se produzca **por la voluntad de una de las partes fundada en un incumplimiento contractual de la otra**, quien resuelva el contrato tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.
2. Cuando se produzca **por voluntad del cliente sin causa justificada**, el trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el apartado anterior.
3. **Por desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente**, si bien para que el cliente pueda ser indemnizado se le tiene que ocasionar con dicho

desistimiento un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad.

En relación a esto, la jurisprudencia reiterada de nuestros altos tribunales no exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución, habiendo abandonado la jurisprudencia, hace tiempo, las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato²².

Cuando la parte que tenga derecho a la indemnización sea el trabajador autónomo económicamente dependiente, la cuantía de la indemnización será la fijada en el contrato individual o en el acuerdo de interés profesional que resulte de aplicación. Pero en los casos en que no esté regulada, a los efectos de determinar su cuantía se tomarán en consideración, conforme al punto 4 del artículo que estamos analizando, entre otros factores, el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador autónomo económicamente dependiente vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato.

En este sentido, la jurisprudencia establece la **imposibilidad de emplear de forma analógica la indemnización establecida por el Estatuto de los Trabajadores**²³:

“En cuanto a la alegada posibilidad de aplicar analógicamente a estos supuestos la indemnización establecida por el art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) para los trabajadores por cuenta ajena, decir que no procede puesto que no concurre ni el vacío legal ni la identidad de razón que permitiría la aplicación analógica de esta norma a los TRADE.”

²² Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 7 de febrero de 2019 (LA LEY 24875/2019).

²³ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 febrero de 2010 (LA LEY 2824/2010).

“No hay un vacío legal porque el art. 15.4 de la LETA establece los criterios que se deben tener en cuenta para calcular esta indemnización, que son distintos de la indemnización tasada del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores de modo que la norma legal en modo alguno ha pretendido fijar una indemnización tasada en estos supuestos y no hay identidad de razón porque se trata de dos supuestos esencialmente distintos, no siendo dable equiparar, a estos efectos, los trabajadores por cuenta ajena a los TRADE, los cuales no perciben salario.”

De igual forma, al ser el régimen legal del TRADE distinto del de un trabajador en régimen de dependencia laboral, **la indemnización que resulte exigible por el trabajador autónomo económicamente dependiente se encuentra sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, no encontrándose amparada por la exención que el artículo 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, establece para “las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato”.

Por lo tanto, sentado lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 27 y siguientes de la mencionada Ley, atendiendo a que la indemnización se obtiene en el ejercicio de una actividad económica, esta se debe integrar como rendimiento de la propia actividad²⁴.

Como se ha indicado, existen una serie de criterios que la Ley establece o propone para delimitar la indemnización, sin embargo, hay que remarcar que **no constituyen una lista cerrada** o numerus clausus, si no que pueden tenerse en cuenta otros criterios no previstos en la norma a la hora de calcular la indemnización, encontrándonos así ante una lista abierta de factores. Este artículo 15.4 LETA ni realiza un listado taxativo de los factores ni, por otra parte, tampoco obliga a que todos los factores deban ser

²⁴ Consulta Vinculante V2208-13, de 05 de julio de 2013 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas.

necesariamente tomados en cuenta²⁵. Así, por ejemplo, entre otros factores a tener en cuenta que no aparecen previstos, cabría considerar²⁶:

- Fijar la indemnización correspondiente en virtud de una cláusula de prohibición de competencia postcontractual²⁷.
- La antigüedad de la relación profesional entre el TRADE y su cliente principal²⁸.
- Los rendimientos del año anterior a la extinción contractual atendiendo así a la pérdida de un puesto de trabajo regular y estable²⁹.
- La dependencia exclusiva del TRADE respecto de su cliente principal; especialmente en supuestos de vinculaciones profesionales dilatadas³⁰.
- La retribución que se venía recibiendo mensualmente por parte del TRADE junto a la cotización a la Seguridad Social³¹.
- La declaración del IRPF del actor de los últimos años, así como la media de los ingresos mensuales³².

Es frecuente que la naturaleza de la relación contractual entre el TRADE y el empresario cliente se cuestione con motivo de la decisión de este de dar por finalizado el contrato. En dicho momento, el trabajador puede alegar que la relación existente entre ambos era realmente laboral, por lo que, en este supuesto, y visto desde el punto de vista del abogado defensor del falso autónomo, **la decisión de ruptura del contrato debe impugnarse como si se tratara de un despido**. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, virtud de su artículo 26.5, de gran importancia, permite la acumulación en una misma demanda de la acción principal de despido y de la que se formule contra la decisión del cliente de extinguir la relación, con carácter eventual y para el caso de desestimación de la primera. La misma regla de acumulación rige cuando se alega como petición

²⁵ STSJ Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2015 (LA LEY 41578/2015).

²⁶ BARRIOS BAUDOR, G.: Indemnización por daños y perjuicios a favor de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en supuestos de extinción de sus contratos profesionales: criterios para su determinación. Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U.

²⁷ STSJ Madrid de 24 de abril de 2015 (LA LEY 67706/2015).

²⁸ STSJ Cataluña de 27 de febrero de 2014 (LA LEY 42203/2014).

²⁹ STSJ Cantabria de 2 de octubre de 2015 (LA LEY 156086/2015).

³⁰ STSJ Asturias de 19 febrero de 2010 (LA LEY 2824/2010).

³¹ STSJ Castilla y León de 6 de marzo de 2013 (LA LEY 16622/2013)

³² STSJ Asturias 19 febrero 2010 (LA LEY 2824/2010).

principal la de TRADE y como subsidiaria la laboral, así como en otro tipo de acciones cuando se cuestione la naturaleza laboral o autónoma económicamente dependiente de la relación. Se evita con ello obligar al trabajador a demandar por partida doble al empresario en el supuesto de que la primera fuera desestimada³³.

3.7. Interrupción justificada de la actividad profesional

Asimismo, señalar que la LETA reconoce varios supuestos, de nuevo *numerus clausus*, en los que autoriza ciertas “interrupciones” de la actividad profesional, sin que por ello pueda considerarse que incurre en un incumplimiento de sus obligaciones. Aparecen recogidas en el artículo 16 y poco hay que decir de ellas más que estas causas de interrupción no podrán motivar la extinción contractual, de tal forma que, si el cliente diera por extinguido el contrato, tal circunstancia se consideraría como una **falta de justificación que motivaría una indemnización a favor del TRADE**. No obstante, si esta interrupción se debiese a incapacidad temporal, maternidad/paternidad o fuerza mayor y ocasionase un perjuicio importante al cliente que “paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad” podrá considerarse como justificada la extinción del contrato.

Conforme a Cristóbal Molina Navarrete, catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social “este régimen viene a ser un remedo o imitación imperfecta del régimen, mucho más completo, elaborado y garante, de suspensión del contrato de trabajo previsto en el ET, del que sin embargo se aparta notablemente, impidiendo una identificación sustancial de ambas instituciones jurídicas³⁴.” Declaración que yo suscribo.

3.8. Competencia jurisdiccional

El Artículo 17 *Competencia jurisdiccional* atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social la competencia para conocer de las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre el TRADE y su cliente, así como para el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento de la condición de autónomo económicamente dependiente y de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional.

³³ MARTÍN PUEBLA, E.: “El trabajo autónomo económicamente dependiente, contexto europeo y régimen jurídico”. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2012. Pág. 102.

³⁴ MOLINA NAVARRETE, C. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El estatuto del trabajador autónomo, comentario a la Ley 20/2007 de 2 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo.” Cap. “Régimen del trabajador económicamente dependiente”. Op. cit. Pág. 196.

Esto hay que ponerlo en concordancia con lo señalado en el artículo 18 *Procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos* que estipula que será **requisito previo** para la tramitación de acciones judiciales en relación con el régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes el intento de **conciliación o mediación** ante el órgano administrativo que asuma estas funciones. Así como podrán someter sus discrepancias a arbitraje voluntario, cuyos laudos arbitrales se equiparán a sentencias firmes.

Se debe señalar que, si bien es cierto que mediante el artículo 17 se le atribuye la competencia al orden social sobre ciertos aspectos de la relación contractual, no cabe considerar que el Estatuto del Trabajo Autónomo, por medio de la creación de la figura del autónomo económicamente dependiente, responda a un modelo de “laboralización” de la mencionada la relación jurídica³⁵. Por el contrario, esencialmente se sitúa en el ámbito de la legislación civil, sin incorporación indirecta u oculta al ámbito aplicativo de la legislación laboral. Así lo recoge, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 May. 2010³⁶:

*“Parece evidente, que el legislador quiso precisar que para aquello que no esté regulado en la LETA no es posible acudir al Derecho laboral, sino las normas de Derecho civil o mercantil, incluso administrativo, atendiendo a la naturaleza del contrato suscrito, que en cada caso procedan y se puedan aplicar, y en esa clave es en la que debe leerse e interpretarse todo el Estatuto del Trabajo Autónomo y de resolverse todas las cuestiones que se planteen ante los órganos jurisdiccionales sociales, de tal manera, en contra de la opinión vertida por el Juzgador de instancia, que **no se podrá acudir ni siquiera por analogía a aquellas figuras coincidentes reguladoras de la relación laboral por cuenta ajena, ya sean común o especiales. Únicamente podremos tomarlas como referencia en los casos que la LETA a sí lo permita, y en materia de extinción contractual, la ausencia de dicha remisión comporta, que debemos acudir a la normativa civil y mercantil.**”*

En relación con esto, la jurisprudencia ha estipulado que **quien sostenga la competencia del orden jurisdiccional social corre con la carga de probar que el**

³⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “El trabajo autónomo dependiente en España, breve valoración tras algunos años de aplicación”. Op cit. Pág. 17.

³⁶ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2010 (LA LEY 130329/2010).

prestador de servicios en cuestión reúne los requisitos para ser considerado como TRADE³⁷:

“Cuando se trata de contratos civiles y mercantiles el principio general es la atribución de la competencia para resolver sobre los litigios en torno a la validez, interpretación, cumplimiento o extinción de los mismos al Orden Civil, siendo la excepción la competencia atribuida al Orden Social de la Jurisdicción por la Ley 20/2007. Ello ha de servir para, en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecer que, ante un contrato civil o mercantil en el que el prestador de servicios sea una persona física, quien sostenga la competencia del Orden Jurisdiccional Social en base a los artículos 17.1 de la Ley 20/2007 y art. 2 de la LRJS, corre con la carga de probar que el prestador de servicios en cuestión reúne los requisitos para ser considerado como trabajador autónomo económicamente dependiente”

3.9. Breve valoración.

No cabe duda de que, tal y como mencioné anteriormente, la figura del TRADE en sí misma es una propia *contradictio in terminis* y como no podía ser de otra manera, esta contradicción también se muestra en la legislación.

Nos encontramos ante un régimen complejo y que podría considerarse un híbrido entre la protección que, por una parte, se le pretende aportar con figuras y métodos propios del Derecho Laboral y, por otra parte, vemos como a pesar de adoptar figuras propias del ámbito social, estas se “*adaptan*” al Derecho Civil, dando primacía a la voluntad de las partes. El ejemplo quizá más claro de esto son los acuerdos profesionales, que pretenden ser una suerte de convenio colectivo, pero que simplemente se quedan en eso, en un amago de. De esta manera, nos encontramos ante una figura que debería ser de gran relevancia, pero que materialmente está vacía de contenido, en el sentido de que su adopción práctica es muy complicada, máxime cuando no se le dota de herramientas adecuadas para ello; recordemos que tampoco existen las medidas de conflicto colectivo.

El legislador ha querido adoptar una legislación “*neutral*” en el sentido de combinar ambas ramas del Derecho. Sin embargo, a mi juicio esto es insuficiente, y parte de un error axiomático: una persona que recibe un mínimo del 75% de sus ingresos de un

³⁷Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de marzo de 2017 (LA LEY 78594/2017).

cliente – sino más – se parece más, en principio, a un trabajador que, a un verdadero autónomo, dada la enorme dependencia que va a tener de ese cliente. Es cierto que se dan casos de verdaderos autónomos que a su vez son económicamente dependientes, pero en demasiados casos la jurisprudencia en nuestro país ha tenido que desenmascarar falsos autónomos bajo la apariencia de TRADE.

Sigo manteniendo que la figura del TRADE responde a un verdadero vacío en la legislación y a una realidad social que existe y adquiere cada vez más importancia, sin embargo, si lo que se quiere es dotar a este régimen de efectividad práctica, se debe reconocer que el TRADE se parece más a un trabajador asalariado que a un autónomo y, en consecuencia, adaptar la legislación para que ese “híbrido” que antes hemos mencionado que es, tenga más cara de Derecho Laboral.

4. EXIGENCIAS MATERIALES PARA LA DIFERENCIACIÓN CON EL TRABAJO SUBORDINADO Y EL TRABAJO AUTÓNOMO ORDINARIO

Una vez delimitado el concepto de TRADE conforme a la legislación, es necesario que señalemos, de forma breve y concisa, las diferencias que le separan de las otras dos formas de trabajo más relevantes: el trabajo autónomo y el trabajo subordinado.

Conforme Jesús Cruz Villalón, catedrático de Derecho Laboral y expresidente de la asociación de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, existirá un doble listado de requisitos, al presentarse igualmente como doble la frontera que delimita a esta figura³⁸.

En primer lugar, en cuanto a los requisitos obligados que deben presenciarse en el TRADE y que lo diferencian con el trabajo subordinado son:

- 1) **Estructura organizativa propia:** desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente;
- 2) **Prestación singularizada:** no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente;

³⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN ESPAÑA”, breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación”. Op cit., Pág. 11.

- 3) **Asunción personal de los riesgos empresariales:** percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla;
- 4) **Efectiva titularidad de los medios de producción:** disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

Siguiendo esta línea, los requisitos que los diferencian con los que denominamos autónomos ordinarios son:

- 1) Percepción al menos del **75 % de sus ingresos** por rendimientos de trabajo y de actividades económicas y profesionales de la empresa cliente para la que trabaja de manera prevalente;
- 2) **Ausencia de asalariados** a su servicio;
- 3) **Ausencia de subcontratación** de su actividad económica: no contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes;
- 4) **Ausencia de clientela universal:** los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

4.1. La problemática del falso Autónomo.

Siguiendo con las definiciones, los trabajadores autónomos son aquellos que realizan un trabajo profesional arriesgando sus propios recursos económicos y aportando su trabajo personal. Las características que les definen son que realizan un trabajo personal y directo; habitual en el tiempo, así como un trabajo por cuenta propia fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. Así mismo, puede realizar una

actividad económica o profesional a título lucrativo, siendo indiferente que el autónomo pueda utilizar o no empleados³⁹.

Los falsos autónomos, por lo tanto, no son más que aquellas personas que aun cuando **trabajan en una relación de dependencia y de ajenidad** respecto al riesgo y el resultado del trabajo para la empresa, como así haría también un trabajador por cuenta ajena, se encuentran ubicados dentro del régimen de autónomos. Tratan de simular su independencia, que no es real, mediante otros tipos de contratos no laborales como el de Trabajador autónomo económicamente dependiente, el cual en la actualidad es el más utilizado para este fraude.

En puridad, los falsos autónomos se corresponden con trabajadores por cuenta ajena que, de forma fraudulenta, se dotan ficticiamente por el empresario de las características propias de un trabajador por cuenta propia. Ello con el fin de eludir múltiples responsabilidades y, en especial, las relativas a las indemnizaciones por finalización del contrato, **así como aquellas otras relacionadas con las obligaciones empresariales para con la Seguridad Social**⁴⁰.

La figura del falso autónomo cabe ubicarla en las zonas grises del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esto hace que, **para la prueba acerca de la existencia o no de una relación laboral, deba atenderse al caso concreto**, por encima de la propia literalidad del contrato.

Las propias condiciones del trabajador, y no la literalidad ni la ficción de lo que se haya plasmado en el contrato, son las que nos han de permitir concluir si en ese supuesto concreto tiene sentido, o no, hablar con propiedad de la constatación fraudulenta de un falso autónomo.

5. CASO GLOVO. EL FRAUDE DEL FALSO AUTÓNOMO

Pese a que deba atenderse al caso concreto, la jurisprudencia de nuestros tribunales nos aporta una serie de indicios, requisitos y elementos esenciales que, de observarse, podrían favorecer la calificación de una relación entre empresa y trabajador como laboral.

³⁹ VALLESPÍN PÉREZ, D.: “La controvertida figura de los «falsos autónomos» desde la perspectiva del objeto de la prueba”. Dialnet, ISSN 1697-7068, N.º. 134, 2018, pág. 8.

⁴⁰ VALLESPÍN PÉREZ, D.: “La controvertida figura de los «falsos autónomos» desde la perspectiva del objeto de la prueba”. Op. cit. Pág. 10.

Para el estudio de estos elementos indiciarios, atenderemos al examen de una de las sentencias más famosas en este sentido, la **STJ Madrid, sección pleno, de 27 noviembre de 2019 (Caso GLOVO)**, en la que se establecen claramente los límites entre la figura del TRADE y lo que podría considerarse un falso autónomo. La cual he escogido dado lo ejemplarizante e ilustrativa de esta en relación con los conceptos esenciales del Derecho Laboral.

Si bien no me detendré únicamente en el análisis de la referida Sentencia⁴¹, si no que aprovecharé esta para, a su vez, clarificar algunos conceptos y aportar algunos otros que no han salido hasta ahora mediante el uso de la doctrina y la jurisprudencia de otros tribunales.

Lo que se dirime en este asunto es si un trabajador que la empresa “GLOVO” –la demandada- tenía contratado con un contrato de prestación de servicios, que meses más tarde se sustituyó por un “*contrato para realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente*”, es realmente un falso autónomo.

La problemática surge al sufrir el trabajador un accidente de tráfico que le incapacita para seguir trabajando, razón por la cual meses más tarde la empresa da por finalizada la relación.

En el último contrato realizado (el de TRADE) se pacta:

- **Que la actividad del profesional se ejecutará de manera totalmente diferenciada respecto de la del resto de los trabajadores** que prestan servicios por cuenta ajena para GLOVO.
- **Que la actividad se desarrolla por el trabajador autónomo con criterios organizativos propios, asumiendo el riesgo y ventura de su actividad.**
- El objeto del contrato es la realización, por parte del profesional independiente, de recados o micro tareas como mensajero independiente con total libertad, en el marco de las características de la actividad de Glovo.
- El profesional tiene **total libertad para aceptar o rechazar la realización de un servicio.**
- El profesional **no queda sujeto a ningún régimen de exclusividad.**

⁴¹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 1155/2019 de 27 noviembre de 2019 (LA LEY 165841/2019).

- La jornada del profesional tendrá una duración de 40 horas semanales y el TRADE podrá aumentar libremente el tiempo ordinario pactado en un 30% como máximo.
- **El régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos se escoge libremente por el TRADE.**
- El profesional independiente tiene **libertad para organizar la prestación de servicios; el horario lo marca él mismo y el itinerario, procedimiento y medio de transporte, así como la jornada en la que va a aceptar los recados.**
- El precio depende de la distancia y el tiempo en realizar el servicio, y a falta de dichos criterios, del tipo de servicio solicitado.

Como podemos observar, en el contrato se recogen una serie de condiciones de trabajo que respetan a la perfección la esencia misma del TRADE, ya que no está sujeto a la organización de la empresa (criterios organizativos propios, asume el riesgo y ventura de su actividad, tiene libertad para la prestación de servicios...).

Tampoco está sujeto a ningún régimen de exclusividad, no tiene a su cargo trabajadores por cuenta ajena y ejecuta su actividad de manera diferenciada del resto de los trabajadores, e incluso se podría decir que dispone de infraestructura productiva propia, que en este caso sería su moto.

El sistema por el que se regía el trabajador, que explicaré para un mayor entendimiento de la situación, es el siguiente:

Se trata de un repartidor “a domicilio”, habitualmente conocido como “rider” que, como hemos visto, oficialmente es un trabajador por cuenta propia que vende sus servicios a la empresa demandada. El método más habitual entre los “riders” a la hora de llevar a cabo el trabajo es la bicicleta (sí, son esa gente que vemos en los días lluviosos arriesgándose la vida en la carretera con una gran bici y una especie de chubasqueros amarillo) o, en su defecto, la moto, aunque, en teoría, en su condición de autónomos son libres de escoger cualquier formato, desde un coche, un camión o incluso a pie. Cobran por pedido, aunque lógicamente por su condición de autónomos -aunque sea económicamente dependientes- cabe descontar de su salario las cuotas a la **Seguridad Social**, que deben abonar por ellos mismos, además del seguro privado que la mayoría de las empresas les obliga a contratar.

Aclarado esto, ciertos días por la tarde el “rider” puede abrir la APP de GLOVO a una hora determinada, la cual varía en función de la puntuación que haya obtenido por

sus repartos (los trabajadores con mayor puntuación tienen preferencia), y reservar la franja horaria en la que desea trabajar. Si tiene la aplicación abierta y se encuentra en la franja horaria y en la zona geográfica elegida, le entran los pedidos requeridos para dicha franja y zona. El repartidor **puede decidir si aceptar o no el pedido**.

Existen dos modalidades: en la modalidad automática, la plataforma asigna un reparto automático que el trabajador puede rechazar de forma manual. En la modalidad manual, es el repartidor quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer entre los que se encuentran disponibles. Una vez aceptado el pedido, el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgen dudas sobre la forma de realizar el pedido, tiene que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas.

El trabajador asumía la responsabilidad del buen fin del servicio, cobrándolo exclusivamente si lo terminaba a satisfacción del cliente, al igual que asumía frente al cliente los posibles perjuicios que pudiesen sufrir los productos durante el transporte. Por otra parte, si tenía que comprar productos para el usuario, utilizaba una tarjeta de crédito que le facilitaba la propia demandada, GLOVO.

La Inspección de Trabajo, a instancia del juzgador, emite informe sobre la actividad de la empresa y los contratos de prestación de servicios, en el que llega a la conclusión de que **no puede apreciarse** que se den en la relación **todas las notas de una relación laboral en el sentido de dependencia, ajenidad y retribución** incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, ya que:

1. **No existe una dependencia absoluta** del trabajador frente al empresario, puesto que no está obligado a prestar los servicios que se le ofrecen a través de la aplicación informática, no se designa ningún mensajero específico para prestar el servicio, son libres de aceptarlo y no se les penaliza si no se conectan a la plataforma informática.
2. **No existe disponibilidad del mensajero** frente al empresario, ya que puede o no prestar el servicio, lo que demuestra una falta de dependencia absoluta en el círculo organizativo y rector del empresario.
3. **Es el propio mensajero el que dispone de sus medios para realizar el servicio**, asumiendo la totalidad de los gastos de la actividad.

Coincidiendo así con la Sentencia de Instancia, que entendió también que el vínculo contractual que unió a las partes es propio de una relación jurídica de TRADE esgrimiendo los siguientes motivos, que resumiremos:

- El demandante prestaba servicios en el horario que el previamente determinaba, los días que él fijaba, con su propio vehículo o medio de transporte elegido por él, con su criterio organizativo propio y eligiendo el itinerario,
- El riesgo y ventura del transporte lo asumía él,
- No estaba sometido al poder disciplinario ni organizativo de la empresa,
- Era libre de aceptar o no un pedido, y una vez aceptado, podía incluso rechazarlo,
- Podía cogerse 18 días hábiles anuales sin derecho a contraprestación (como hemos visto, circunstancia típica del contrato de TRADE),
- No estaba sujeto a ningún régimen de exclusividad,
- El importe de la factura dependía de los pedidos efectivamente realizados,
- Tenía total libertad de organización y decisión a la hora de seleccionar la ruta para llevar a cabo el pedido,
- Concurrían en el demandante las circunstancias exigidas para ser trabajador autónomo económicamente dependiente, y así se hizo constar en el contrato.

Resumiendo, la Sentencia de instancia llama a la total libertad del repartidor y a su falta total de dependencia del poder de organización de la empresa, así como a lo establecido en el contrato “así se hizo constar en el contrato”.

El atractivo de esta Sentencia es que pese a todo lo esgrimido hasta ahora, el TSJM estima la pretensión de la parte demandante y entiende que existe una verdadera relación laboral entre la empresa y el trabajador, sentando una importante doctrina que puede ser aprovechada por el resto de los trabajadores que se encuentren en esta misma posición. Todo ello en base a los siguientes argumentos, que aportan la luz que nos va a servir para que podamos diferenciar claramente estas figuras:

5.1. Nomen iuris. Los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sea.

La línea de separación entre el contrato de trabajo y otras modalidades de contratación, como el arrendamiento de obra o de servicios, de naturaleza estrictamente civil o mercantil, o el mismo contrato de TRADE, es muchas veces borrosa y de fronteras imprecisas, por lo que, como se afirmó ya en la ilustre Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio 1988⁴² han de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso. El *nomen iuris* que las partes le atribuyen al contrato solo tiene consistencia para precisar su naturaleza jurídica en caso de que las prestaciones mutuas que en su desarrollo se consuman pueden encuadrarse debidamente entre las que son inherentes a dicha denominación contractual⁴³.

Para descartar el negocio jurídico simulado, existe un remedio que lleva mucho tiempo siendo aplicado por la jurisprudencia y la doctrina: la **presunción de existencia de relación laboral**. Esta se presume cuando se presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, recibiendo a cambio una remuneración. Esta presunción de laboralidad aparece recogida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores:

“El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.”

En conclusión, dice la STJM que “la determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y **no por la descripción de las partes de la relación**. Es decir, “la celebración, primero, de un contrato civil de prestación de servicios y, casi inmediatamente después, otro en calidad de TRADE, ninguna influencia puede tener”.

En base a esto, tampoco tienen ninguna importancia las estipulaciones contractuales que llaman a la “libertad” e, incluso, “total libertad” del trabajador, que señalaba erróneamente la Sentencia de Instancia.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988 (LA LEY 3686-JF/0000).

⁴³ MOLINA NAVARRETE, C. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El estatuto del trabajador autónomo, comentario a la Ley 20/2007 de 2 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo.” Cap. “Régimen del trabajador económicamente dependiente”. Op. cit. Pág. 165.

5.2. No trascendencia de la afiliación al RETA.

Notas tales como la afiliación al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos o por cuenta propia (RETA), o el cobro de sus retribuciones por medio de facturas que incluyen el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o la obligación de suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil **carecen de trascendencia**, ya que “nada aportan a la calificación del carácter laboral como trabajador asalariado, o no, de la relación contractual que vinculó a los litigantes”.

Así lo proclama también la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2.015⁴⁴: “(...) *En efecto, no cabe duda alguna de que nos encontramos en presencia de una relación laboral pues concurren en ella las manifestaciones más importantes de la ajenidad que caracterizan al contrato de trabajo, no siendo la denominación del contrato como de arrendamiento de servicios más que una simulación contractual, aderezada además con la forma de pagar el salario -contra factura con IVA- y la exigencia de que el trabajador se dé de alta en el RETA, que no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio y a los que la jurisprudencia de esta Sala, tan antigua y reiterada que ni hay que citar, ha desprovisto de todo valor definitivo*”.

5.3. Confección de las facturas

He aquí otro punto que nos puede resultar muy útil en el futuro a la hora de proponer pruebas para la defensa de un falso autónomo: la importancia de las facturas.

En este caso, si bien es cierto que las facturas se giraban a nombre del autor, circunstancia que en principio podría denotar una autoorganización del trabajador, la Sentencia resta importancia a este punto y de forma, a mi juicio, extremadamente acertada, le da la vuelta y centra su atención no en a nombre de quién se giran, sino, al contrario, en quién confeccionaba estas como elemento indiciario de la falta de medios e infraestructura o no del supuesto TRADE:

“El que las facturas se girasen a nombre del actor, pero fueran confeccionadas materialmente por la mercantil demandada, es dato altamente revelador de la falta de

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (LA LEY 18190/2015).

medios materiales e infraestructura de que aquél dispone, al igual que de su escasa capacidad de organizarse con criterios propios.”

5.4. El salario

Establece el Estatuto de los Trabajadores⁴⁵ que se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, ya sea en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo.

La Sentencia resuelve fácilmente este punto: “la percepción de un precio por cada encargo realizado en atención a las tarifas fijadas **de manera unilateral por la empresa** es también una forma de salario por unidad de obra de las previstas en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores”.

Resalta que el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse no es más que el fruto de la tipología de “retribución por unidad de obra” que las partes pactaron, sin que ello suponga en realidad responder de su buen fin, asumiendo el riesgo y ventura del mismo. Es decir, el hecho de que el cobro dependiese de la materialización final del pedido no supone que el actor respondiese del buen fin del servicio o, más concretamente, asumiera el riesgo y ventura del mismo. Dice la sentencia:

“Según el criterio jurisprudencial y de la doctrina, por asumir el riesgo y ventura de una operación contractual debe entenderse (en un mandato o intermediación) el caso de que ante el impago de cliente-consumidor-comprador del servicio pedido o el recado o la adquisición hecha, responde del precio no abonado por el consumidor, el mensajero que efectúa en nombre de la empresa GLOVO APP (mandante)”.

Es decir, solo se podría hablar de que asume el riesgo y ventura de la operación en el caso de que este tuviese que responder ante GLOVO del precio que no ha pagado el consumidor.

Cabe mencionar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001⁴⁶, que establece: “(...) es lo cierto que, leyendo la tal cláusula novena, (...), se observa que lo que allí se establece no es una responsabilidad del buen fin de las

⁴⁵ El Estatuto de los trabajadores define el salario en su artículo 26.1.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001 (LA LEY 6387/2002).

operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tenía éxito o de alguna forma quedaba anulada", lo cual resulta completamente diferente.

En conclusión, el que su cobro dependa de la materialización final del pedido, no supone que el actor respondiese del buen fin del servicio o, más concretamente, asumiera el riesgo y ventura del mismo.

Así, aprovecharé este punto para explicar que **la jurisprudencia no exige que la retribución sea fija y periódica**, aunque ello refuerce la laboralidad de la relación, pero también se admite dentro del concepto de salario, como ocurre en este caso la retribución por resultado, o dentro del ámbito periodístico, por crónica realizada⁴⁷:

“Esta forma de retribución, por resultado, si bien no es la más habitual en el contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario recogido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, que considera tal la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales, cualquiera que sea la forma de remuneración.”

En base a todo esto, se puede afirmar que sí que existía un salario que recibía de la empresa, aunque este fuese por unidad de obra.

5.5. Ajenidad.

Conforme al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, **la ajenidad es una cualidad y un requisito esencial caracterizador de un contrato de trabajo**, junto con el carácter personal y voluntario del mismo. El trabajo es prestado por cuenta ajena en tanto que el que trabaja no asume los riesgos propios del trabajo ni los frutos de este, sino que es acreedor de un salario por su aportación al proceso productivo, a cargo del empresario.

Se sostienen diferentes criterios para apreciarla:

1. **Ajenidad en los frutos:** El criterio esencial identificador es que los frutos, desde el mismo momento de la producción, pertenecen al empresario.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo 2009 (LA LEY 99388/2009).

2. Ajenidad en los riesgos: Desde esta perspectiva se exigen tres características esenciales:

- Que el coste del trabajo corra a cargo del empresario;
- Que el fruto o resultado del trabajo se incorpore al patrimonio del empresario;
- Que sobre el empresario recaiga el resultado económico de la actividad, ya sea favorable o adverso, sin que el trabajador se vea afectado por el mismo, ni exista participación suya en el riesgo económico.

Así, la ajenidad supone que el trabajador no conserve la titularidad del resultado de su trabajo⁴⁸, el cual se transmite al empresario (ajenidad en los frutos)⁴⁹, quien los incorpora como propios al mercado⁵⁰. Así, se dará la circunstancia de ajenidad en aquella relación en la que tanto las ganancias como las pérdidas corran a cuenta y riesgo del empresario.

Incorporo un extracto de la STS de 6 de octubre de 2010, que a mi juicio es muy ilustrativa sobre este concepto:

Dice así su FD Tercero, refiriéndose a los actores de doblaje: *"En efecto, concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el artículo 1 del ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa. Los clientes (productoras de cine y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (**ajenidad en el mercado**). Dichos doblajes se hacen en los estudios propiedad de la empresa (**ajenidad en los medios de producción**) (...) El trabajo se hace bajo la dirección del Director de Doblaje que contrata y designa la empresa (**dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional**), quien da las instrucciones pertinentes a los actores. El producto del trabajo realizado ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (**ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial**) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra, expresamente contemplada en el artículo 26.3 del ET, teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa*

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1991 (LA LEY 13710-R/1991).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2010 (LA LEY 176025/2010).

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013 (LA LEY 45746/2013).

obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga (ajenidad en los riesgos)".

El concepto de ajenidad es un concepto, por lo tanto, de un nivel de abstracción elevado, habiendo que atender en cada caso concreto a la suma de indicios que permitan diferir la existencia de esta circunstancia, los indicios a los que la jurisprudencia ha dotado de un mayor valor son perfectamente recogidos por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2014⁵¹, los cuales nos detendremos a explicar y analizar debido a su gran importancia en el Derecho Laboral como criterio delimitador de la existencia de una relación laboral.

En ella, en concordancia con lo dicho hasta ahora, se señala que la dependencia y la ajenidad constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos, siendo “**la proyección acumulada de indicios**” de una y otra sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación, según técnica utilizada por la Jurisprudencia en múltiples supuestos. Esto se debe a que tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de “un nivel de abstracción bastante elevado”, que pueden manifestarse de maneras radicalmente diferentes según las actividades llevadas a cabo y los modos de producción; hechos indiciarios que unas veces comunes a la generalidad de los trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades profesionales.

Así, son indicios comunes de la nota de ajenidad, entre otros:

- La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados;
- La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público (fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender);
- El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo;
- El cálculo de la retribución con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2014 (LA LEY 175986/2014).

caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones;

- Así como la aportación por la empresa de los enseres, utensilios y material necesarios para el desarrollo del trabajo⁵².

En definitiva, la ajenidad implica que es el empresario quién corre con el riesgo y ventura de su actividad empresarial, pero también que los frutos o resultados del trabajo del asalariado van a pertenecer desde el mismo momento de su producción al empresario.

Una vez definido este concepto y sus principales elementos indiciarios, volvemos a la STSJM (caso GLOVO), que distingue entre ajenidad en los medios y ajenidad en el riesgo para un mejor análisis.

Comienza diciendo que *“no hay duda que también este elemento configurador concurre en su caso”*, desvelando así todo el misterio, esto a causa de que *“el trabajo desarrollado por el trabajador redundaba en beneficio de GlovoApp23, S.L., quien hizo suyos los frutos del mismo”*.

Además, era la propia empresa quien convenía con los distintos establecimientos y comercios los precios que éstos le abonaban e, igualmente, la que fijaba de forma unilateral las tarifas que el repartidor recibía por los recados que efectuaba.

Tras esto, comienza repasando la ajenidad en los medios. Este tipo de ajenidad gira sobre la idea de que el trabajador desarrolla su prestación de servicios utilizando para ello medios o instrumentos cuya titularidad le es ajena, ya que pertenecen al empresario. La Sentencia explica que su presencia en este caso resulta inobjetable. Para ello se apoya en varios argumentos:

1. **La enorme importancia de GLOVO en contraposición a la pequeña importancia de los repartidores.** GLOVO representa su marca como seña de identidad en el mercado (al contrario que los repartidores) y su app constituye, a su vez, la herramienta esencial de funcionamiento de los “riders” en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los “recaderos” que tacha de mero “instrumento medial” que simplemente contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa.

⁵² STSJ Madrid de 15 de marzo de 2002 (LA LEY 56003/2002).

2. Los **escasos elementos materiales**, que a su misma vez son de un limitado valor, **que los repartidores poseen**, a saber: un teléfono móvil con el que entrar a la aplicación y una motocicleta, si bien la Sentencia reconoce que la mayoría de las veces se trata incluso de una bicicleta.
3. La **elaboración por la empresa de las facturas** que gira el repartidor a su nombre.
4. La **imposibilidad de los “recaderos” de llevar a cabo la prestación de servicios de no ser por la plataforma**. Ya que estos carecen de cualquier control sobre la información facilitada a dicha herramienta/aplicación, cuya programación mediante algoritmos les es ajena por completo. Este es en mi opinión el núcleo principal sobre el que gira la ajenidad en los medios.
5. En las bolsas o cajas que el “rider” porta para transportar los productos figura siempre el logotipo, nombre y colores de la empresa demandada, lo que contribuye a aumentar su reputación digital. Mientras que **no hay ningún indicativo de la “marca” del propio “rider”**.

En cuanto a la ajenidad en los riesgos, considera que tal nota caracterizadora también concurre.

En primer lugar, el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega materializarse a satisfacción del cliente no constituye una verdadera y pura asunción del riesgo por el “rider”, como ya hemos explicado, sino que es una consecuencia derivada de la tipología elegida de retribución por unidad de obra que las partes pactaron, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura.

De la misma manera, tampoco desnaturaliza el carácter laboral del nexo contractual que une a los litigantes la estipulación recogida en el contrato referida a que los repartidores responderán de *"los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte"*. La Sentencia considera que esto es plenamente compatible con el trabajo asalariado, ya que constituye una manifestación de los deberes previstos en los párrafos a) y c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, a saber:

“Artículo 5. Deberes laborales

Los trabajadores tienen como deberes básicos:

- a) *Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia.*
- b) *Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.*”

5.6. Dependencia.

Entrando en el examen de la nota de dependencia, lo primero es decir que la subordinación o dependencia es el rasgo esencial que permite diferenciar la relación laboral de otras prestaciones de trabajo, si bien es cierto que gran parte de la doctrina entiende este elemento como una simple vertiente más de la ajenidad⁵³. Consecuentemente, se afirma que el Derecho del Trabajo no protege todas las formas y modalidades de trabajo, sino solamente el trabajo subordinado o dependiente. A sensu contrario, es la ausencia de subordinación lo que permite definir –por exclusión– el concepto de trabajador autónomo.

A grandes rasgos, se viene considerando por la jurisprudencia dependencia del empresario, necesaria para la existencia de una relación laboral, la existencia de algunas de estas circunstancias⁵⁴:

- Sometimiento a una jornada y horario.
- Poder sancionador del empresario al trabajador.
- Utilización de los medios y materiales de la empresa.
- Lugar de trabajo en el centro del empresario contratante.
- Inserción del trabajador en la organización de trabajo del empresario que se encarga de programar su actividad.
- Necesidad de dar cuenta al empresario del trabajo realizado, controlando éste el resultado de la actividad.

Es menester indicar que si bien, como he señalado, el sometimiento horario constituye un indicio de dependencia, no siempre se considera que el cumplimiento de un tiempo preciso y determinado de trabajo permite afirmar el carácter laboral de una

⁵³ Se puede entender la dependencia como ajenidad en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia- sino al empresario (STS 19 de febrero de 2014, Rec. 3205/2012).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 (LA LEY 4064/2018).

relación, interpretando, en otras ocasiones, que la existencia de un contrato de trabajo es independiente del sometimiento a una jornada y a un horario⁵⁵.

Por otro lado, cuando la libertad horaria coincide con la exigencia de una amplia disponibilidad con respecto a la empresa se confirma la existencia del requisito de dependencia, para la que no es necesaria la existencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión del trabajador en el ámbito organicista y rector⁵⁶.

La STSJM entiende que la dependencia también se da en este caso, ya que tanto de lo expuesto hasta el momento como de lo que mencionaremos a continuación, se colige que el trabajador prestó sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. Lo cual es el requisito esencial que caracteriza la dependencia. Para ello se basa en los siguientes argumentos:

- 1) **Es la empresa quien unilateralmente decide el importe que va a cobrar el recadero**, al igual que el precio de los servicios que ofrece a los clientes finales.
- 2) **El trabajador debe atenerse estrictamente a las instrucciones** que le imparte la citada mercantil en lo que toca a la forma en que tiene que llevar a cabo su prestación.
- 3) La empresa **ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el trabajador desempeña** mediante un sistema de geolocalización.
- 4) El trabajador se ve sometido a una **evaluación diaria**.

Todo esto hace que no sea posible hablar de autoorganización, requisito imprescindible, sino de *“prestación de servicios hetero-organizados y dirigidos por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos”*.

Establece que *“afirmaciones como que el recurrente goza de libertad de horario e, incluso, puede rechazar libremente un encargo que le haya sido asignado por la aplicación informática, han de valorarse desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa le impone para su prestación de servicios como repartidor. Es ella quien decide cuándo abre la aplicación en función de la demanda prevista, y respecto a la supuesta libertad de elegir determinada franja horaria, esto*

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Unif. Doctrina 25 de enero del 2000 (LA LEY 252188/2000).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Unif. Doctrina 29 de diciembre de 1999 (LA LEY 5861/2000).

queda notablemente matizado por el hecho de que sólo puede hacerlo dentro de aquéllas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada”.

Por otra parte, en relación a la posibilidad de rechazar un servicio sin penalización alguna, la Sentencia considera que, pese a que no está penalizado directamente, sí que lo está de forma indirecta o refleja, pues ello supone que su valoración disminuya y, por tanto, delimita la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas.

Otro de los argumentos que esgrime la Sentencia, es que, pese a que en el contrato tampoco aparece sometido materialmente el trabajador al poder disciplinario de la empresa, lo cierto es que muchas de las causas adicionales de resolución justificada del contrato de TRADE se asemejan en gran medida a una sujeción que denota dependencia o, cuando menos, la posibilidad de reproche por la empresa que es susceptible, incluso, de determinar la extinción contractual. Algunos ejemplos son:

“(i) Interrupción de la actividad por parte del/de la Profesional Independiente por un período temporal superior a 10 días naturales, sin haber comunicado al Cliente dicha interrupción

(ii) Interrupción de la actividad por parte del/de la Profesional Independiente debido a Incapacidad Temporal maternidad o paternidad, o a fuerza mayor, en los términos y condiciones del artículo 16 de la Ley 20/2007.”

5.7. Conclusión.

En virtud de todos estos datos enjuiciados, entiende la Sentencia que se dan las notas características propias de la relación laboral y que, por lo tanto, la relación contractual que mantuvieron las partes sólo puede calificarse como laboral común u ordinaria y no de TRADE, tratándose de un supuesto de **falso autónomo**. Estiman por ello la extinción del contrato de trabajo como un **despido improcedente** y que, por lo tanto, a opción de la empresa, se readmita inmediatamente al demandante en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes del despido, más con sujeción a contrato de trabajo ordinario, o bien se le indemnice en la cantidad oportuna para el despido improcedente.

Pero... ¿es realmente este el mayor riesgo al que puede enfrentarse el empresario que contrate fraudulentamente a sus trabajadores bajo una modalidad no laboral?

6. SANCIONES POR FALSO AUTÓNOMO.

Pese a que desde el punto de vista del empresario pueda resultar atractivo, en un primer momento, la contratación de un verdadero empleado subordinado bajo otra modalidad contractual, por el ahorro económico que esto le produce al no tener que cotizar por el trabajador, entre otros factores, esta opción **nunca se le debe recomendar**, no solo por el componente deontológico o ético – está llevando a cabo un fraude contra la Seguridad Social – , sino porque la contratación de un falso autónomo puede acarrear – y acarrea – una serie de sanciones por la infracción. Estas vienen recogidas en el *Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*⁵⁷ (LISOS, en adelante) y, como veremos, pueden llegar a ser de una alta cuantía.

El primer punto a tener en cuenta, tanto desde la perspectiva del asesoramiento al empresario como al trabajador que venga por nuestro despacho es que judicialmente es viable para el trabajador pedir todo lo que le hubiese correspondido hasta el momento de haber estado correctamente contratado bajo la modalidad de trabajo asalariado por cuenta ajena: una indemnización por despido improcedente, cantidades salariales según convenio no recibidas con carácter retroactivo, horas extraordinarias realizadas, vacaciones no disfrutadas ni abonadas y el resto de conceptos salariales correspondientes a la categoría que según el convenio aplicable hubiese correspondido. Incluso puede pedir ser readmitido como trabajador por cuenta ajena.

En segundo lugar, el empresario ha de tener en cuenta la posibilidad de una serie de **graves sanciones**, en concreto:

Conforme al artículo 22.2 de la LISOS se considera una infracción grave **no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen al servicio**, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. Muy importante remarcar que a estos efectos **se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados** por lo que, si es una práctica generalizada en la empresa, puede derivar en sanciones de extraordinaria importancia. Esta conducta constituye una infracción grave, que conforme al artículo 40.1.e) se sancionará con la

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. «BOE» núm. 189, de 08/08/2000.

multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros

Del mismo modo, en virtud del artículo 22.3 también constituye una infracción grave el no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social. Esta conducta se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%.

Igualmente, siguiendo el artículo 46 de la LISOS la inspección de trabajo podría interponer una **sanción accesoria**. Esta consistirá en que se perderán, de forma proporcional al número de trabajadores dañado por la infracción, todas las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.

Por otra parte, debemos tranquilizar al trabajador que venga por nuestro despacho: **el trabajador no está expuesto a ninguna sanción por denunciar esta situación**, el que ha cometido el fraude ha sido la empresa. Ello siempre, obviamente, que no exista una connivencia probada con el empresario para defraudar a la Seguridad Social.

7. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo hemos estudiado la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, así como la delgada línea que separa esta figura del falso autónomo. Hemos expuesto cuáles son los requisitos para poder alcanzar tanto la condición de TRADE como la de simple autónomo, así como estudiado el conjunto de elementos, requisitos e indicios que delatan la existencia de una relación laboral y las posibles sanciones que se derivarían de un fraude en la contratación de los trabajadores. En definitiva, se ha pretendido con este trabajo el plus de la realización de una “guía práctica” para el abogado laboralista que tenga que enfrentarse a esta situación, bien sea por la consulta de un cliente empresario que quiere estar al tanto de si sus empleados están bien contratados y las sanciones a las que expone; bien desde el punto de vista del trabajador que desea salir de una situación de fraude en la contratación.

1. Regulación.

La figura del TRADE es una figura esencialmente novedosa en nuestro ordenamiento, cuyo nacimiento acabó con la tradicional dicotomía trabajo asalariado/empleo autónomo, generó un gran debate jurídico y conllevó una enorme litigiosidad, la cual aún persiste.

Se encuentra regulada por la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, encontrándose por lo tanto sistematizado en la misma Ley que regula el trabajo autónomo. Esto no se trata de una mera casualidad, sino que el TRADE comparte una serie de elementos con el autónomo tradicional, principalmente la realización de una actividad económica o profesional a título lucrativo de manera habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. Es decir, los TRADEs tienen **autonomía funcional**, entendiéndose ésta como la facultad que poseen de mantener una estructura y organización propia, que le aleja del ámbito de dirección del cliente-empresario, así como, por otra parte, la asunción por el TRADE del riesgo y ventura de la actividad empresarial que realizan; ambos extremos que les diferencian de los trabajadores por cuenta ajena.

Por otra parte, el TRADE se distingue del autónomo tradicional en que trabajan de manera predominante para un cliente, del cual dependen económicamente por percibir de éste al menos el 75% de sus ingresos. También se diferencian en que no está permitida

la contratación de asalariados bajo su servicio, ni subcontratar parte o toda la actividad con terceros, es decir, el trabajo del TRADE se trata de una prestación personalísima que no puede delegar en otra persona, asimilándose así al trabajador asalariado.

Como vemos, comparte características tanto con el trabajador autónomo (autonomía funcional) como con el asalariado (dependencia económica de un cliente-empresario), lo cual hace que su régimen sea un régimen que busca un equilibrio entre la libertad de pacto, propia del Derecho Civil y Mercantil, y la protección del trabajador mediante el establecimiento de normas imperativas de mínimos, más propia del Derecho del Trabajo.

2. Criterios jurisprudenciales para la apreciación de laboralidad en una relación de trabajo.

Tras el estudio de múltiples sentencias, principalmente la STJ de Madrid que analizó el caso de los repartidores de la empresa “GLOVO”, son varios los criterios que ha mantenido la jurisprudencia para la identificación de una posible relación laboral.

Lo primero que hay que decir es que no existe una regla general para la prueba de la existencia de una relación laboral, sino que **debe atenderse al caso concreto**. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestros tribunales nos aporta una serie de indicios, requisitos y elementos esenciales que, de observarse, podrían favorecer la calificación de una relación entre empresa y trabajador como laboral.

Un elemento de vital importancia que debemos tener en cuenta es que son las propias condiciones del trabajador, y no la literalidad ni la ficción de lo que se haya plasmado en el contrato, las que nos han de permitir concluir si en ese supuesto concreto tiene sentido, o no, hablar con propiedad de la constatación fraudulenta de un falso autónomo. Esto se conoce como “*nomen iuris*”, esto es, los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean. La máxima expresión de este principio en el ámbito laboral es la **presunción de laboralidad** que se establece en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, para aquellos trabajadores que prestan un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro a cambio de una retribución, fuere lo que fuere que estipulase el contrato. Presunción que siempre debemos tener en cuenta. Otra expresión de este principio será, por lo tanto, la no transcendencia de si el trabajador se haya afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o no.

Respecto al resto de elementos e indicios, habrá que prestar especial atención a aquellos que denoten ajenidad o dependencia organizativa del trabajador, ya que estos son elementos propios de una relación laboral. Así, nos encontramos entre los principales elementos indiciarios:

- La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público.
- El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.
- Sometimiento a una jornada y horario.
- Utilización de los medios y materiales de la empresa.
- Lugar de trabajo en el centro del empresario contratante.
- Inserción del trabajador en la organización de trabajo del empresario, que se encarga de programar su actividad.
- Necesidad de dar cuenta al empresario del trabajo realizado, controlando éste el resultado de la actividad.
- Poder sancionador del empresario al trabajador.

3. Sanciones.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece una serie de sanciones y multas para aquellas empresas que incumplan sus obligaciones en materia social. Así, se considera una infracción grave no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen al servicio, que puede acarrear sanciones de hasta 10.000 euros por cada trabajador afectado.

Del mismo modo, también constituye una infracción grave el no ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social que debía estar ingresando la empresa por cada trabajador. Esto originará una sanción a la empresa de entre el 50 y el 100% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados.

Por último, además de las sanciones que pueda imponer la SS, debe recordarse que el trabajador puede pedir en cualquier momento (siempre que no haya prescrito) todo lo que le hubiese correspondido hasta el momento de haber estado correctamente

contratado bajo la modalidad de trabajo asalariado por cuenta ajena: una indemnización por despido improcedente, cantidades salariales según convenio no recibidas con carácter retroactivo, horas extraordinarias realizadas, vacaciones no disfrutadas ni abonadas y el resto de conceptos salariales correspondientes a la categoría que según el convenio aplicable hubiese correspondido. Incluso puede pedir ser readmitido como trabajador por cuenta ajena.

Por lo que, como vemos, la contratación fraudulenta de trabajadores bajo la apariencia del falso autónomo puede acarrear una serie de graves consecuencias a las empresas que se presten a este fraude, que nunca debemos recomendar.

8. BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA:

BALLESTER PASTOR, I.: “Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad”. ATELIER, Barcelona, 2016.

CRUZ VILLALÓN, J. VALDÉS DAL-RE, F.: “El estatuto del trabajo autónomo”. LA LEY, Madrid, 2008.

CRUZ VILLALÓN, J.: El trabajo autónomo dependiente en España, breve valoración tras algunos años de aplicación. Dialnet, Documentación Laboral, ISSN 0211-8556, Nº 98, 2013, págs. 19-36.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Régimen profesional, derechos colectivos y seguridad social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo”. EOLAS, León, 2009.

MARTÍN PUEBLA, E.: “El trabajo autónomo económicamente dependiente, contexto europeo y régimen jurídico”. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C. GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “El estatuto del trabajador autónomo, comentario a la Ley 20/2007 de 2 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo.” Cap. “Régimen del trabajador económicamente dependiente”. (MONEREO PÉREZ, JL., Dir.), COMARES, Granada, 2009.

CALVO GALLEGO, FJ.: “Los trabajadores autónomos dependientes: Una primera aproximación”. Dialnet, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 81, 2005 (Ejemplar dedicado a: El Trabajo Autónomo. Homenaje al profesor Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), págs. 41-78.

RIVAS VALLEJO, P.: “Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo”. Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, número 136, 2007. ISSN 0212-6095, págs. 763-812.

BARRIOS BAUDOR, G.: “Indemnización por daños y perjuicios a favor de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en supuestos de extinción de sus contratos profesionales: criterios para su determinación”. Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U.

VALLESPÍN PÉREZ, D.: “La controvertida figura de los «falsos autónomos» desde la perspectiva del objeto de la prueba”. Dialnet, ISSN 1697-7068, Nº. 134, 2018, pág. 8

REFERENCIAS DE INTERÉS:

Consulta Vinculante V2208-13, de 05 de julio de 2013 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente» (Dictamen de iniciativa) (2011/C 18/08) Ponente: José María ZUFIAUR NARVAIZA

http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2019/3TRIMESTRE/Resumen_resultados_septiembre_2019.pdf

TEXTOS LEGALES:

Constitución española. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo. (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2006).

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (BOE núm. 189, de 08 de agosto del 2000).

Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente

dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. (BOE núm. 54, de 04 de marzo de 2009).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

SENTENCIAS:

SAN de 27 de mayo de 2015 (LA LEY 72986/2015).

STS de 24 de enero de 2018 (LA LEY 4064/2018).

STS de 11 de febrero de 2015 (LA LEY 18190/2015).

STS de 3 de noviembre de 2014 (LA LEY 175986/2014).

STS de 25 de marzo de 2013 (LA LEY 45746/2013).

STS de 11 de julio de 2011 (LA LEY 180276/2011).

STS de 6 de octubre de 2010 (LA LEY 176025/2010).

STS de 11 de mayo 2009 (LA LEY 99388/2009).

STS de 15 de octubre de 2001 (LA LEY 6387/2002).

STS de 15 de febrero de 1991 (LA LEY 13710-R/1991).

STS de 13 de junio de 1988 (LA LEY 3686-JF/0000).

STS Unif. Doctrina 25 de enero del 2000 (LA LEY 252188/2000).

STS Unif. Doctrina 29 de diciembre de 1999 (LA LEY 5861/2000).

STSJ Asturias 19 febrero 2010 (LA LEY 2824/2010).

STSJ Castilla y León de 17 de marzo de 2010 (LA LEY 51573/2010).

STSJ Castilla y León de 6 de marzo de 2013 (LA LEY 16622/2013)

STSJ Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2015 (LA LEY 41578/2015).

STSJ Canarias, de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de marzo de 2017 (LA LEY 78594/2017).

STSJ Cantabria de 26 de junio de 2009 (LA LEY 109745/2009).

STSJ Cantabria de 2 de octubre de 2015 (LA LEY 156086/2015).

STSJ Cataluña de 30 de octubre de 2009 (LA LEY 227677/2009).

STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2010 (LA LEY 130329/2010).

STSJ Cataluña de 27 de febrero de 2014 (LA LEY 42203/2014).

STSJ Extremadura de 7 de febrero de 2019 (LA LEY 24875/2019).

STSJ Madrid de 24 de abril de 2015 (LA LEY 67706/2015).

STSJ Madrid de 15 de marzo de 2002 (LA LEY 56003/2002).

STSJ Madrid, Sección Pleno, de 27 de noviembre de 2019 (LA LEY 165841/2019).

ANEXO I. Modelo de contrato TRADE.

Contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)

En _____, a _____ de _____ de _____

REUNIDOS

De una parte, el **CLIENTE**, empresa _____, domiciliada en _____, calle _____, número _____, y con NIF _____, en cuyo nombre y representación actúa don _____, mayor de edad, vecino de _____ con domicilio en la calle _____, número _____, y con DNI/NIE _____,

De otra, el **TRABAJADOR AUTÓNOMO**, don _____, mayor de edad, vecino de _____ con domicilio en la calle _____, número _____, y con DNI/NIE _____

Ambas partes se reconocen mutuamente la capacidad legal necesaria para contratar y a tal efecto

EXPONEN

- 1.** Que el trabajador autónomo, hace constar expresamente la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente respecto del cliente.
- 2.** Que el trabajador autónomo declara que su actividad como trabajador autónomo económicamente dependiente no se ejecuta de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicio bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente y que desarrolla la actividad con criterios organizativos propios sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiera percibir de su cliente, asumiendo el riesgo y ventura de la misma.
- 3.** Que el trabajador autónomo percibe del cliente rendimientos de la actividad económica o profesional por un importe de, al menos, el 75 por ciento de los ingresos totales que aquel percibe por rendimientos de trabajo y de actividades profesionales, que no tiene a

su cargo trabajadores por cuenta ajena ni va a subcontratar parte o toda la actividad contratada con el cliente ni las actividades que pudiera contratar con otros clientes, que dispone de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en la actividad a realizar sean relevantes económicamente, que comunicará por escrito a su cliente las variaciones en la condición de dependiente económicamente que se produzcan durante la vigencia del contrato, que no es titular de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y que no ejerce profesión conjuntamente con otros profesionales en régimen societario o bajo cualquier otra fórmula jurídica admitida en derecho.

4. Que ambas partes acuerdan formalizar el presente contrato de conformidad con las siguientes

CLÁUSULAS

Primera

El trabajador autónomo económicamente dependiente prestará sus servicios profesionales de _____ o realizará el encargo u obra de _____ para el cliente, del que percibirá una contraprestación económica por la ejecución de su actividad profesional o económica o del encargo u obra por un importe de _____ euros, cuyo abono se producirá en el tiempo y forma convenidos. El pago se efectuará en el plazo de _____ días desde la recepción de la factura correspondiente. En defecto de pacto, el plazo de pago será de 30 días.

Segunda

La duración del presente contrato será de _____ días/meses/años, o por la realización de la obra o el servicio de _____ a contar desde el _____/ _____ hasta el _____/ _____ o por la finalización de la obra o servicio.

Tercera

La jornada de la actividad profesional o económica del trabajador autónomo económicamente dependiente podrá tener una duración máxima de _____ horas diarias/semanales/mensuales con la siguiente distribución _____

En el supuesto de que la trabajadora autónoma económicamente dependiente sea víctima de la violencia de género el horario de la jornada será de _____

El régimen de descanso semanal y el correspondiente de los festivos aplicable será _____

El trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a una interrupción anual de la actividad de _____ días.

Cuarta

En caso de extinción contractual por desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá preavisar al cliente en el plazo de _____ días. En caso de extinción contractual por voluntad del cliente por causa justificada, el cliente deberá preavisar a aquél en el plazo de _____ días.

Quinta

Serán causas de extinción o de interrupción justificada del contrato, además de las establecidas en los artículos 15 y 16 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, las siguientes:

Sexta

La cuantía de la indemnización para el trabajador autónomo económicamente dependiente o para el cliente en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, será de _____

Séptima

Acuerdo de interés profesional aplicable (en el caso de existir y con la conformidad del trabajador autónomo económicamente dependiente): _____

Octava

El trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente se comprometen a mejorar la efectividad del derecho a la integridad física, la protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, así como formación preventiva del trabajador autónomo económicamente dependiente y para ello, acuerdan las siguientes acciones:

Novena. -

El presente contrato será registrado en el Servicio Público de Empleo Estatal o en el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma a la que se haya encomendado la gestión, por el trabajador autónomo económicamente dependiente en el plazo de 10 días hábiles desde su perfección. El trabajador autónomo económicamente dependiente comunicará al cliente que el contrato ha sido registrado en el plazo de 5 días hábiles siguientes al registro. Transcurrido el plazo de 15 días hábiles desde la celebración del contrato, sin que se haya producido la comunicación de registro por el trabajador autónomo económicamente, el cliente deberá registrarlo en el Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de 10 días hábiles siguientes. Las modificaciones del contrato y su terminación serán objeto de comunicación en los mismos plazos señalados.

CLÁUSULAS ADICIONALES

Y para que conste, se extiende este contrato por triplicado ejemplar en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento, firmando las partes interesadas,

Trabajador autónomo

Cliente