

UNA ZONA GRIS DEL DERECHO LABORAL: EL FALSO AUTÓNOMO

GRADO DE DERECHO
TRABAJO DE FINAL DE GRADO
CURSO 2019-2020



REALIZADO POR: SERGIO JULIO SANTANO
DIRIGIDO POR: JOAN CARLES CODINA CAMPAÑA
Cerdanyola del Vallés, 8 de Mayo de 2020

UNA ZONA GRIS DEL DERECHO LABORAL: EL FALSO AUTÓNOMO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1: AMBITO DEL TRABAJO AUTONOMO

| | | |
|------|--|----|
| I. | Distinción entre trabajador, trabajador autónomo y empresario | 6 |
| II. | La especial atención a la figura del TRADE | 11 |
| III. | La conflictividad de delimitar la figura de trabajador, TRADE y trabajador autónomo. | 16 |

CAPITULO 2: EL FALSO AUTONOMO

| | | |
|-----------------------------------|--|----|
| I. | Las zonas grises entre la relación laboral y el falso autónomo: problemática identificativa, fraude de ley y sectores más afectados. | 19 |
| II. | Tratamiento jurisprudencial de la figura del falso autónomo. | 25 |
| III. | Comentario a las sentencias de Deliveroo y Glovo | 32 |
| IV. | El falso autónomo en el derecho internacional | 40 |
| CONCLUSIONES | | 44 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | | 46 |

ABREVIATURAS

| | |
|-------|---|
| ET | ESTATUTO DEL TRABAJADOR |
| LETA | LEY ESTATUTO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO |
| RETA | REGIMEN ESTATUTO TRABAJADOR AUTÓNOMO |
| TRADE | TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDIENTE TRADE |
| CC | CÓDIGO CIVIL |
| LISOS | 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 |
| TS | TRIBUNAL SUPREMO |
| TSJ | TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA |
| TGSS | TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL |
| TJUE | TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA |
| TIC | TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN |
| OIT | ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la problemática del falso autónomo, la cual consiste básicamente en la identificación o deslinde de la figura y la utilización de la misma como fraude de ley. Si bien, para llegar al punto que nos interesa, previamente se analizarán las figuras del trabajador por cuenta ajena, el trabajador autónomo y el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente.

La problemática indentificativa supone que la casuística en relación al tema sea variada, debiéndose enjuiciar cada caso con autonomía respecto a los otros, a pesar de que el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores establezca unas directrices. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la rápida fluctuación de la misma ha hecho que las maneras de percibir el trabajo sean muy distintas a las del siglo pasado, es por ello que el tema del falso autónomo no deja de ser una materia de actualidad que supone un especial interés.

Con todo ello, el objetivo del presente es fijar en base a la jurisprudencia y la doctrina, cuales son los rasgos que determinan la existencia o no de una relación laboral. Si bien, a pesar de ser un fraude de ley la utilización de esta figura, hay empresas que hacen empleo de la misma de manera habitual, de ahí que denotemos en el presente trabajo, un apartado que haga referencia a las sanciones impuestas por la utilización de la figura del falso autónomo en base a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Destacar también que la figura del falso autónomo no solo tiene cabida en España, sino que por el contrario, es una figura que se da en diversos países. Es por ello, que se ha tratado de hacer mención a las diferentes opiniones y perspectivas que tienen otros países con respecto a ésta figura, con el fin de hacer una comparativa entre España y el resto de estados que por su normativa también puede darse.

CAPITULO 1: AMBITO DEL TRABAJO AUTONOMO

I. DISTINCIÓN ENTRE TRABAJADOR POR CUENTA AJENA, TRABAJADOR AUTONOMO Y EMPRESARIO.

Tradicionalmente se ha hecho una fuerte división entre trabajador dependiente y el trabajador autónomo. No obstante, el derecho del trabajo no ha incluido en él todas las formas de trabajo, ya que el trabajo por cuenta de otro no solo lo prestan los trabajadores dependientes, sino también otras personas, como industriales, los artesanos, los médicos y abogados, o los funcionarios públicos. A pesar de ello, la situación económica y social de estos colectivos ha sido diferente y su regulación distinta. Ello ha dificultado que hasta ahora el establecimiento de unas reglas lo suficientemente homogéneas y particulares para todos los supuestos imaginables de trabajo humano.¹ De ahí que desde el primer momento se quiera establecer que el núcleo principal de este epígrafe se centre en la diferenciación de trabajador por cuenta ajena, trabajador autónomo y empresario. Los trabajadores que prestan sus servicios o fuerza de trabajo a los demás pueden clasificarse en dos grupos: el de trabajadores dependientes y trabajadores autónomos. La dependencia no constituye un índice de distinción de todo punto preciso, en la medida que cualquier prestación personal de trabajo implica una cierta dependencia. No obstante, la relación de dependencia se ha venido considerando muy diferente la que hay entre un trabajador autónomo y otro dependiente.²

El trabajo dependiente se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), mientras que el régimen de protección del trabajador autónomo se encuentra regulado en la Ley del Estatuto del Trabajador autónomo (LETA en adelante). Entrado en rigor, el ET nos presenta las características de un trabajador por cuenta ajena. La primera de ellas se centra en la voluntariedad del trabajador asalariado, que por esta entendemos que la prestación de trabajo se desarrolla basándose en el consentimiento y

¹ ALZAGA, I., BARRIOS, G., CAVAS, F., FERNANDEZ, F., GIL, J., GODINO, M., HIERRO, F., MARTIN, J., RODRIGUEZ, G., SAGARDOY, J., SAGARDOY DE SIMON, I., y SEMPERE, A. (2010). *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. p. 18.

² Ibid., p. 19

aceptación del trabajador, a pesar de que ésta voluntad pueda haber estado condicionada desde un punto de vista económico. En este sentido, por voluntad también se viene a referir que no haya vicios en el consentimiento de la persona que suscribe el contrato. Otra de las peculiaridades del trabajador por cuenta ajena se refiere a la retribución salarial, regulada en el artículo 26 del ET y particularmente por los Convenios Colectivos, fijando el ET únicamente unos mínimos. Por retribución salarial nos referimos a que el trabajador presta su servicio o fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, no haciéndolo de manera gratuita. Singularmente, también se caracteriza por la dependencia o subordinación de la relación laboral; el trabajador desarrolla su actividad bajo la organización y dirección del empresario, de manera que no hace lo que quiere, sino que está bajo el poder de dirección del empresario, siempre con limitaciones como se reflejan en el artículo 20 del ET. La subordinación debe entenderse como la sumisión del trabajador a los poderes empresariales. Seguramente una de las notas características más destacables sea la que se expone a continuación: la ajenidad. Si no hay ajenidad, lo más probable es que no haya una relación laboral. La ajenidad implica que el trabajo se desarrolla por cuenta de otro, siendo este uno de los elementos esenciales de la relación laboral. La ajenidad se manifiesta en varios aspectos. En primer lugar por la ajenidad en los resultados; el bien o servicio, nunca será propiedad del trabajador, sino del empresario. Los frutos pueden ser tangibles o intangibles y existirá ajenidad tanto si el fruto de la actividad se atribuye tanto a una persona física como jurídica, distinta de quien la realiza de forma originaria. La ajenidad también se manifiesta en los medios de producción. Las herramientas para desarrollar la actividad o servicio no son propiedad del trabajador, forman parte del patrimonio del empleador. Asimismo, se mantiene la misma linea cuando nos referimos a la ajenidad en los riesgos, de tal manera que el trabajador, desde un punto de partida inicial, es ajeno a los riesgos de la actividad empresarial, debido a que no tiene riesgo en el beneficio de la empresa. No obstante, a pesar de que inicialmente el trabajador se ajeno a los riesgos no significa que este no pueda sufrirlos de manera indirecta (un ejemplo de ello podría ser por liquidación de la empresa después de haber sido declarada en concurso de acreedores y no poder hacer frente a las deudas, en este sentido puede ser que haya trabajadores que acaben siendo despedidos antes de la declaración de liquidación). Por último, destacar también que una de las notas que diferencian el trabajo por cuenta ajena

es que debe llevarse a cabo de manera personalísima, es decir el trabajo debe ser efectuado por el trabajador que suscribe el contrato de trabajo. A grandes rasgos estos serían las singularidades más destacables del trabajador por cuenta ajena.

El trabajador autónomo presenta ingentes diferencias con el trabajador por cuenta de otro. El artículo 1.1 del LETA establece que: *La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena*. En su apartado segundo establece que también se aplicará esta ley a *los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e)* del ET. Por tanto, el LETA detalla que para ser incluido en el ámbito de esta ley es necesario llevar a cabo la actividad de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, incluyendo a los familiares que, de esta misma forma, no tuviesen la condición de trabajadores por cuenta ajena. La habitualidad, tal y como viene interpretada por nuestros tribunales, viene conformada por una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la afirmación anterior debe añadirse que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta. La habitualidad viene conformada por las notas de profesionalidad en la actividad y suponer la misma el medio fundamental de vida, utilizando al respecto indicadores como el de ser el medio fundamental de vida o, por contra si la actividad se realiza de forma complementaria o marginal respecto a otra principal, no pudiendo exigirse en el trabajador autónomo una habitualidad mayor o más intensa que la que corresponda por su propia naturaleza, sin que la habitualidad no dependa, en definitiva, del número de operaciones que el trabajador realice, ni del número de horas, días o meses al año que dedique al año, ni del mayor o menor interés que pueda mostrar el autónomo en su ejercicio. Llegando por tanto, a la conclusión que habitualidad es aquella que se desarrolla de manera

frecuente.³ De la forma personal y directa hace referencia a la forma de desarrollar la actividad del trabajador autónomo, de modo personal y directamente, debemos entender que el trabajador necesariamente ha de participar en el negocio de que se trate, diferenciándose de aquella otra actividad en que el autónomo se limita simplemente a ostentar la titularidad de la actividad o explotación del negocio. De esta manera, el trabajo autónomo realizado de forma habitual, personal y directa trae como consecuencia lógica el que no haya vinculación jurídica laboral con el empresario contratante de su actividad o servicio, es decir que no aparezca a la luz una relación contractual laboral.⁴ La autonomía del trabajador por cuenta propia se contrapone a la ajenidad del que desarrolla su activa profesional dentro del ámbito de dirección y organización de otra personal física o jurídica denominada empresario tal y como se ha hecho referencia en páginas anteriores. Hasta hace muy poco, el derecho del trabajo a aceptado la dicotomía entre el trabajo dependiente y autónomo, y salvo en casos muy puntuales, ha negado los derechos laborales básicos a quienes prestan servicios en una situación de autonomía, tal y como establece el artículo 3.3 de la LETA. La prestación de servicios de los trabajadores autónomos se lleva a cabo en el marco de relaciones contractuales de índole civil o mercantil, tales como el arrendamiento de servicios o de obra, el mandato, la agencia, la franquicia, la mediación de seguros, el suministro, el contrato de transportes o el contrato de asistencia. En suma, la categoría del trabajador autónomo es heterogénea. A diferencia de lo ocurrido con el trabajador dependiente, no ha sido habitual que las normas proporcionen una definición del trabajador autónomo, quizá por su variedad y dispersión, o por la falta de una problemática común que exigiese una respuesta unificada por el ordenamiento jurídico.⁵ De esta definición podemos extraer además, que el trabajador autónomo a su vez puede ser empleador, es decir puede coincidir en la misma persona ser trabajador autónomo y empleador. Siendo el trabajador autónomo quién se funda bajo el marco de una relación laboral, pero estando éste en la contraparte de empleador. No obstante, se cree necesario hacer unos

³ SSTS 29-10-1997 (RJ 7683), FJ 3.

⁴ BARRIOS, G. APILLUELO, M. (2007). *Introducción al estatuto del trabajo autónomo*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. p. 38.

⁵ ALZAGA, I., BARRIOS, G., CAVAS, F., FERNANDEZ, F., GIL, J., GODINO, M., HIERRO, F., MARTIN, J., RODRIGUEZ, G., SAGARDOY, J., SAGARDOY DE SIMON, I., y SEMPERE, A. (2010). *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*. Op. Cit. p. 20.

breves apuntes entre lo que sería la distinción entre trabajador autónomo y empresario. Hasta hace nada, no ha sido un aspecto conflictivo en la realidad de nuestras relaciones laborales diferenciar entre empresario y autónomo. El empresario es un término utilizado en Derecho individual de trabajo, para referirse al empleador del trabajo dependiente y por cuenta ajena, y solo era contemplado bajo este prisma, sus deberes y derechos frente al trabajador. En cambio el término autónomo se utilizaba en un contexto jurídico en que el sujeto que merecía tal calificación era considerado como objeto de protección jurídica en si mismo, no en su relación con otra persona, ya que solo era tenido en cuenta en el ámbito de la Seguridad Social.⁶ Los empresarios en sentido laboral son con frecuencia autónomos, aunque no siempre, por ejemplo cuando son meros titulares de una empresa sin ejercer trabajo efectiva en ella. Es decir, la denominación de trabajador autónomo viene de un régimen de protección de seguridad social para proceder a su encuadramiento inicial. Sin embargo, esta situación ha cambiado con el LETA, en la medida en que el autónomo también es destinatario de protección más allá del sistema de seguridad social, en concreto, en su relación de servicios para otro sujeto, con frecuencia calificable de empresario, aunque esta denominación no sea recogida en el artículo 1.1 del LETA. Para definir la figura del empresario podemos seguir adoptando una perspectiva contractual, es decir, será aquel que reciba la prestación de trabajadores o autónomos. Esta posición, como perceptor de los servicios de otro, es la que no se utiliza en ningún caso para delimitar la figura del autónomo, ya que el LETA habla de autónomo para refieres al que presta servicios para otro sujeto. Diferenciando por tanto que el empresario es el que recibe los servicios y el autónomo quien los presta.⁷

De esta manera se acotan las diferencias existentes entre el trabajador por cuenta ajena, el trabajador autónomo y empresario. No siempre coincidiendo, por tanto, la figura del autónomo con la del empresario y diferenciándose estos dos con creces del trabajador por cuenta ajena.

⁶ ÁLVAREZ, A. CERVILLA, M. CRUZ, J. GARCIA, J. GURIERREZ-SOLAR, B. LAHERA, J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. RODRIGUEZ-RAMOS, P. SAEZ, C. SORIANO, D. VALDÉS, A. , y VALDÉS, F. (2008). *El estatuto del trabajo autónomo*. Madrid: La Ley. p. 66.

⁷ Ibid., p. 67.

II. LA ESPECIAL ATENCIÓN A LA FIGURA DEL TRABAJADOR AUTONOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE (TRADE).

Al carecer de una categoría intermedia entre el trabajo dependiente y autónomo, el ordenamiento jurídico español ha procedido caso por caso, asimilando al trabajo por cuenta ajena ciertas prestaciones de servicios dotadas de gran autonomía, o extendiendo de forma parcial las reglas del derecho laboral a grupos que presentan particularidades. Es decir, el legislador ha situado a un conjunto de personas bajo una posición equiparable a la de los trabajadores. La asimilación sólo puede llevarse a cabo mediante una deformación, que se halla subordinada a distintas condiciones y da lugar a un estatuto mixto o intermedio. El legislador tiene en cuenta elementos de índole económica y, asimismo las condiciones de la vida real de los interesados, tomando por tanto elementos no puramente teóricos. Aunque no exista una subordinación jurídica, tampoco hay una empresa autónoma: la actividad se halla económicamente vinculada a otra actividad dominante y absorbida por la de una empresa más poderosa. En nuestro ordenamiento jurídico se han empleado varias técnicas de asimilación. Entre ellas destaca la técnica de incluir en el Derecho del Trabajo ciertas zonas grises, es decir, ciertas prestaciones de servicios que poseen peculiaridades con respecto a la relación laboral típica.⁸ La expresión de “zonas grises” tal y como indica MARTIN VALVERDE se ha acuñado para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo. Uno de los rasgos característicos principales de las zonas grises es la especial dificultad o complejidad de la calificación o no como laborales de ciertas prestaciones de trabajo. No obstante, éste es un tema del que se hablará con posterioridad. De las posiciones intermedias entre la figura del trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo surge la del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE en adelante).

⁸ ALZAGA, I., BARRIOS, G., CAVAS, F., FERNANDEZ, F., GIL, J., GODINO, M., HIERRO, F., MARTIN, J., RODRIGUEZ, G., SAGARDOY, J., SAGARDOY DE SIMON, I., y SEMPERE, A. (2010). *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*. Op. Cit. p. 24.

El artículo 1.2 del LETA incluye los TRADE dentro del régimen de aplicación de la ley. La creación de esta figura obedece a la necesidad proteger a un contratante débil, apartado tradicionalmente del ámbito garantizador del derecho del trabajo⁹, mediante una aplicación parcial, limitada o diversificada, o una extensión selectiva del ordenamiento laboral. El TRADE o trabajador parasubordinado, siguiendo la doctrina de CRUZ VILLALÓN, es una figura jurídica intermedia entre la autonomía y la dependencia. La actualidad ha dado lugar a que un mismo trabajo pueda ser desarrollado indistintamente tanto en el régimen de la autonomía como en el de la dependencia. Como bien se ha visto anteriormente, el trabajo por cuenta ajena ya no es posible como la otra cara de la misma moneda del trabajo autónomo, sino que actualmente pueden tener ambas vestigios de la otra. Este colectivo lo constituyen los TRADE que aún estando considerados formalmente de como trabajadores autónomos desarrollan su actividad de forma permanente y coordinada para una o varias empresas de las que, en mayor o menor medida, dependen económicamente. La naturaleza de la prestación desempeñada permite al trabajador disponer de un amplio margen de libertad para organizar sus tareas, reduciéndose el papel de la empresa a trazar las grandes líneas por donde debe discurrir la actividad, asumiendo él mismo los riesgos de la actividad aportando el mismo los medios y recursos necesarios para el desempeño de la actividad. Las fronteras que separan el trabajo autónomo dependiente del trabajo autónomo y el trabajo por cuenta ajena han sido tradicionalmente muy difusas.¹⁰

El artículo 11.1 del LETA establece lo siguiente: *Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o 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.* El segundo apartado del artículo, enumera una serie de condiciones

⁹ PALOMEQUE, M. (2000). El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo: *Relaciones laborales*, 2000 (I), p. 429 a 443.

¹⁰ ÁLVAREZ, A. CERVILLA, M. CRUZ, J. GARCIA, J. GURIERREZ-SOLAR, B. LAHERA, J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. RODRIGUEZ-RAMOS, P. SAEZ, C. SORIANO, D. VALDÉS, A. , y VALDÉS, F. (2008). *El estatuto del trabajo autónomo*. Op. Cit. p. 67.

para que se pueda considerar como tal. Hasta la palabra *directa*, un TRADE es un trabajador autónomo porque su actividad tiene las mismas notas que configuran a un autónomo como tal, no obstante, son necesarias muchas más condiciones para ser TRADE, las cuales se encuentran concretadas en el segundo apartado y todas estas condiciones deben reunirse al mismo tiempo de forma que si solamente una no se cumple ello significa que el TRADE es solo trabajador autónomo. El TRADE se caracteriza por:

1º) No poder contratar ni subcontratar parte o toda la actividad con terceros y ello en cualquiera de sus actividades, tanto respecto a la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de la actividades que pudiera contratar con otros clientes, es decir, un TRADE no puede ser ayudado por empresas externas y debe ser éste quien personalmente desarrolle esta actividad. El TRADE debe trabajar personalmente y exclusivamente en su actividad para su cliente mayoritario. Por tanto, un TRADE debe trabajar solo con todos sus clientes: no cabe recurrir a la ayuda de terceros que presten ayuda o efectúen parte de la actividad.¹¹

2º) No puede contratar asalariados salvo casos excepcionales que la propia ley establece. El TRADE, consecuentemente no puede ocupar a ningún trabajador por cuenta ajena. Son autónomos que trabajan solos. Esta modalidad de autónomo, no es pues, generadora de empleo, tan sólo del empleo que se crea respecto de ellos mismo. No obstante, se admiten excepciones, atendiendo a la conciliación de su actividad profesional con la familiar. Aquí es dónde encontramos uno de los mayores problemas de la descripción del TRADE; pese a ser un autónomo se recurre a parámetros del trabajo por cuenta ajena para medir la forma como desarrolla su actividad y si ésta existe o no para poder ser sustituido por un trabajador por cuenta ajena, en relación con el artículo 15 del LETA, que solamente entonces, el cliente del TRADE tendrá causa justificada para llevar a cabo la extinción válida del contrato.¹²

¹¹ BALLESTER, I. (2016). *Trabajo y protección social del autónomo: Un estudio sobre su precariedad*. Barcelona: Atelier. p. 88.

¹² Ibid., p. 89.

3º) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicio bajo cualquier modalidad de contratación laboral para el cliente. Es decir, significa ejecutar de manera diferenciada su actividad respecto a la del resto de los trabajadores. En definitiva, que haga una tarea propia, una tarea que no desarrolle el resto de trabajadores. Ello conlleva a que en determinadas ocasiones, los TRADE puedan ser autónomos muy especializados para determinados sectores, dadas las necesidades y cambios económicos constantes del mercado de trabajo. Es un parámetro que sirve para diferenciar a los trajes de los trabajadores por cuenta ajena. El TRADE se encuentra bajo las órdenes de un cliente, pero que a diferencia del trabajador por cuenta ajena, no está sometido al poder de dirección del empresario a priori, sino que desarrolla su actividad con criterios organizativos propios; trabajan y cobran por la obtención de un resultado, pero con su propia independencia técnica y funcional. A pesar de que desarrolle la actividad con criterios organizativos propios, éste puede recibir indicaciones técnicas de su cliente. En este sentido se mueve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de Septiembre de 2015 en la que se analiza de forma precisa la falta de éstas notas características.¹³

4º) Derivado del punto anterior, el TRADE se caracteriza por disponer de una infraestructura productiva y material propios (artículo 11.2 apartado c) necesarios para el ejercicio de la actividad que son independientes de los de su cliente. Este apartado hace referencia a que durante la actividad ejecutada es el TRADE quien asume los riesgos y pagos derivados de ella (característica típica del Trabajador Autónomo). Asimismo, el precepto exige que éstas infraestructuras y materiales solo serán necesarias aportarlas cuando en dicha actividad sean relevantes económicoamente. Es decir, los medios deben ser relevantes económicoamente para que deban ser aportados,

¹³ STSJ del País Vasco de 15-09-2015 (AS 2015/2095). FJ 5: 3.- *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 económicoicamente. Apreciada la concurrencia de este requisito en la sentencia recurrida por disponer los demandantes de su caja de herramientas, no podemos otorgar a este elemento el carácter de infraestructura productiva y material ajena a la del cliente para el ejercicio de la actividad contratada, puesto que, prestados los servicios de forma exclusiva dentro de las instalaciones de la empresa en Berrobi, la caja de herramientas aportada precisaba ser complementada para el trabajo desarrollado con otras herramientas más grandes y complejas propiedad de la empresa y que estaban a disposición de todos sus trabajadores, y por tanto tampoco puede ser calificada de infraestructura productiva independiente de la del cliente.*

de lo contrario no será necesaria su aportación. Desde nuestro punto de vista, supone un criterio de valoración si más no abstracto. Debido a que la valoración sobre los medios productivos puede ser muy subjetiva en función de la posición en la que te encuentres. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 21 de diciembre de 2015 considera para el caso de los transportistas-vendedores que sí se consideran TRADEs por aportar furgoneta de su propiedad.¹⁴

Es importante destacar que tampoco pueden ser TRADE los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y despachos abiertos al público. Ni tampoco los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho. Por si no fuesen pocos los requisitos, la actividad debe ejercitarse de manera predominante para una persona denominada cliente, persona de la que depende económicamente. Se entiende que ello ocurre cuando el trabajador percibe al menos el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos del trabajo y actividades encomias o profesionales. En otros ordenamientos jurídicos, esta dependencia o subordinación surge alcanzando únicamente el 50 o 33 por ciento. Los ingresos que recibe se han de poner en relación exclusivamente con los ingresos totales percibidos por el trabajador autónomo de todos sus clientes. En este cálculo se excluyen los ingresos procedentes de los rendimientos de capital o plusvalías que reciba el trabajador de su patrimonio personal.¹⁵

A modo de idea final de este apartado, se quiere pretender que el lector se quede con que el TRADE puede compatibilizar el trabajo autónomo con el trabajo por cuenta ajena si los rendimientos de un cliente suponen al menos un 75 por ciento, restando un 25 por

¹⁴ STSJ de Cataluña de 21-12-2015 (JUR 2016/52109), FJ 1: *Desde el inicio de la prestación de servicios los demandantes han utilizado una furgoneta de su propiedad; la empresa les indicaba las direcciones en la que debían de efectuar la entrega, con indicación de la franja horaria fijada con el cliente. Entregaban los productos y en su caso los probaban y demostraban a los clientes su funcionamiento. Tenían suscrito con la empresa un denominado contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente para el transporte a la empresa, por 40 horas semanales de lunes a sábado distribuidas de forma flexible según las necesidades de la empresa, y derecho a 18 días hábiles no retribuidos cuyo disfrute debían de comunicarse con antelación de dos meses.*

¹⁵ BALLESTER, I. (2016). *Trabajo y protección social del autónomo: Un estudio sobre su precariedad.* Op. cit. p. 100.

ciente del que no tiene habitualidad y dependencia. Es decir, el 75 por ciento supondría el “trabajo por cuenta ajena” y el restante el “trabajo por cuenta propia.

III. LA CONFLICTIVIDAD DE DELIMITAR LA FIGURA DE TRABAJADOR, TRADE Y TRABAJADOR AUTÓNOMO.

En múltiples ocasiones, las líneas entre la delimitación y fijación de las fronteras entre el trabajador, TRADE y Trabajador Autónomo, son muy difusas y no se encuentran bien marcadas. La protección de los trabajadores por cuenta ajena no está al alcance de los demás colectivos, sin embargo, en ocasiones se intenta aplicar el régimen más garantista de los trabajadores por cuenta ajena a personas que en principio no deberían serlo. En cualquier tipo de caso, se trata de suposiciones *iuris tantum* que pueden ser rebatidas mediante prueba en contrario. La fijación de estas fronteras por ende genera conflictividad. Esta situación de poca transparencia en la fijación de las líneas ha adoptado en nombre propio de zonas grises del derecho del trabajo; ello genera problemas. De esta manera, se pronuncia sobre la conflictividad el Juzgado de lo Social nº1 de León en su sentencia 215/2008 del 6 de Junio cuando establece que: *En efecto, los tradicionales conceptos de subordinación y ajenidad se ven desbordados debido a las transformaciones de la realidad productiva, consecuencia de la incorporación de nuevas tecnologías, que han provocado la aparición masiva de nuevas prestaciones laborales canalizadas a través de medios distintos al propio contrato y con ello la transformación del modelo típico de relación laboral, en torno al cual fue creado la actual noción de subordinación y, por ende, la inevitable aparición de nuevas zonas grises en el campo de aplicación del Derecho del Trabajo. Sin duda, donde mayor ineficacia ha demostrado el tradicional concepto de subordinación es precisamente a la hora de deslindar entre el trabajo por cuenta ajena típico y el trabajador que formalmente es autónomo , puesto que organiza su propio trabajo, al menos en cierta medida, pero realmente se podría considerar como por cuenta ajena ya que sigue sometido a la esfera de dirección, organización y disciplina de un tercero. De tal forma que también se provoca una quiebra en lo que antes se presentaba como la nítida tradicional frontera de separación entre el trabajador subordinado y el trabajador autónomo.* Como podemos apreciar, el tribunal hace referencia a la aparición de las

nuevas tecnologías y al cambio de la sociedad como la causa de aparición de esta conflictividad, no siendo aplicable la antigua categorización marcada con una linea nítida.

A pesar la poca precisión que hay a la hora de determinar estas fronteras, la intención de legislador era muy contraria a ello. Así se resalta en el preámbulo del LETA cuando establece que: *La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el artículo 11, al definir el trabajador autónomo económico dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo.* La actividad material se ha desarrollado como criterio básico de delimitación de la relación laboral. Se hace referencia a que la delimitación de las fronteras no se ha hecho a partir del examen de notas de laboralista en el caso concreto, sino que se asocia la laboralidad a tipos de trabajo concretos, por sectores o categorías profesionales. Se adopta como elemento básico para la delimitación de la relación laboral la identificación del tipo de actividad realizada por el que presta sus servicios; una vez que se asocia a un tipo de actividad con el contrato de trabajo o lo contrario la existencia de las notas de laboralidad se hace de manera más flexible, quedando en ocasiones no justificadas.¹⁶ Toda esta conflictividad genera inseguridad ambos campos. Por un lado se han producido exclusiones constitutivas del ámbito de aplicación de legislación laboral de colectivos, en cuyo trabajo no era más difícil recetar las notas clásicas de laboralidad, que en otros grupos de sujetos, de los que sin lugar a duda si que se reconoce esta presunción de laboralidad. Un claro ejemplo de ello es el que refleja el artículo 1.3 del ET sobre los transportistas, el cual coge criterios que nada tienen que ver con un contrato de trabajo para establecer la laboralidad o no; recurre a la licencia administrativa para que haya presunción de laboralidad, y no repara en valorar caso por caso si hay presunción de laboralidad, es decir, no tiene nada que ver con la dependencia o ajenidad. En

¹⁶ ÁLVAREZ, A. CERVILLA, M. CRUZ, J. GARCIA, J. GURIERREZ-SOLAR, B. LAHERA, J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. RODRIGUEZ-RAMOS, P. SAEZ, C. SORIANO, D. VALDÉS, A. , y VALDÉS, F. (2008). *El estatuto del trabajo autónomo*. Op. Cit. p. 80.

definitiva, el prototipo de trabajador autónomo y el de trabajador asalariado a cambiado en los últimos años y es por ello que las fronteras deben resituarse.

CAPÍTULO 2: EL FALSO AUTÓNOMO.

I. LAS ZONAS GRISES ENTRE LA RELACIÓN LABORAL Y EL FALSO AUTÓNOMO: PROBLEMÁTICA IDENTIFICATIVA, FRAUDE DE LEY Y SECTORES MÁS AFECTADOS.

La figura del falso autónomo no es novedosa, pero si que es verdad que debido a los años de crisis económica se ha vuelto a poner en el punto de mira de los tribunales y de la sociedad. Esta figura es en realidad una relación laboral encubierta. Los falsos autónomos desarrollan su actividad bajo los parámetros del trabajo por cuenta ajena, es decir bajo las características de dependencia, ajenidad, remuneración. No obstante, formalmente se camuflan bajo contratos civiles o mercantiles y se encuentran sometidos a obligaciones fiscales y de seguridad social que son típicas del trabajador autónomo. Son relaciones bilaterales en las que, sobre el papel, parece que prima la autonomía de las partes en cuanto al contenido y desarrollo de la prestación, pero en realidad el trabajador se halla en una situación de absoluta subordinación tanto técnica como organizativa y económica respecto de la empresa para la que presta sus servicios.¹⁷ Son muchas las desventajas del falso autónomo si se comparan con los derechos que tendría si fuera un trabajador por cuenta ajena. En definitiva, podemos definir al falso autónomo, a quienes siendo formalmente autónomos y en consecuencia, debiendo pertenecer a ésta categoría porque su relación jurídica con los clientes es de índole mercantil, quedan sometidos no obstante, a una dependencia económica al tener un solo cliente o muy pocos cuyos pedidos le son vitales implicando las notas características de una relación laboral por cuenta ajena sin serlo.¹⁸

Uno de los principales problemas en torno a esta figura ha la identificación ya que la identificación de la misma entre la relación laboral y el TRADE suele ser difícil. De las notas características que se derivan de cada uno de ellos debería ser una tarea fácil distinguirlos entre sí, sin embargo, existen casos en los que no es fácil identificarlos,

¹⁷ CAVAS, F. (2004). Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (14/2004), 1-19. doi: 20041694

¹⁸ HERNÁNDEZ-LISSEN, J. (2004). Autónomos, semiautónomos y falsos autónomos. *La Toga Digital*, (148). Recuperado de:<https://www.revistalatoga.es/autonomos-semiautonomos-y-falsos-autonomos/>

claros ejemplos de ello son las sentencias sobre las empresas Glovo y Deliveroo, en cuyos casos se discutía esta distinción. Estas sentencias se analizarán posteriormente. En estos casos el vínculo de subordinación se encuentra muy difuminado, siendo difícil la categorización, encontrándonos en la llamada zona gris del Derecho del Trabajo, que es precisamente la especial dificultad o complejidad de la calificación o no como laborales de ciertas prestaciones de trabajo. Tal y como dice la autora BALLESTER, I¹⁹ en otros ordenamientos jurídicos, la dependencia o subordinación se alcanza con el 50% o 33%, y no con el 75% como establece nuestra normativa; lo cual podría ser objeto de revisión en nuestras normas jurídicas. Lo que se quiere hacer ver es que el hecho de rebajar los límites de dependencia supondría crear una mayor diferencia entre una figura y otra dando solución a la problemática identificativa. De tal manera que reducir a un porcentaje inferior evitaría problemas de transparencia ya que la diferencia sería más amplia y no coexistirían tanto los límites de ambas figuras. Un término que podríamos aplicar en estos caso sería el deslinde de la figura, para saber que pertenece a qué.

Asimismo, otra de la problemática planteada es la utilización de la figura del falso autónomo como fraude de ley. Es decir, que un trabajador con todas las notas características de la relación por cuenta ajena esté en el RETA; con el fin de que algunos empresarios eviten la protección que el ET da a los trabajadores por cuenta ajena, así como evitar contribuciones al Sistema General de la Seguridad Social, suponiendo ello un gasto para los mismos. Esta práctica encaja perfectamente en la definición de fraude de ley que nos da el artículo 6.4 del Código Civil (CC en adelante): *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.* El objetivo del encuadramiento indebido en alguno de los regímenes de los que integran el sistema de Seguridad Social que no sea el que corresponde legalmente, se debe al objeto normalmente de beneficiarse de la inclusión en algún régimen de Seguridad Social más favorecida desde un punto de vista económico. Y este sin duda es el caso de los falsos autónomos, que concurriendo todos los requisitos para estar en el Régimen General, se

¹⁹ BALLESTER, I. (2016). *Trabajo y protección social del autónomo: Un estudio sobre su precariedad.* Op. cit. p. 100.

en encuentran en el RETA. En este sentido la práctica se ciñe en simular un contrato laboral, bajo cualquier otra modalidad ya sea de naturaleza civil, mercantil o administrativa, pero no bajo una modalidad laboral. Podemos decir por tanto, que hay fraude cuando la relación es laboral, aunque en el régimen en el que esté dado de alta diga lo contrario. Son muchas las desventajas del falso autónomo si se compara con el trabajador por cuenta ajena: Tiene que darse de alta en el RETA para cotizar a la Seguridad Social, gasto que va exclusivamente a su cargo; debe pagar el IVA de las facturas que emita; no tiene vacaciones retribuidas; no dispone de un salario mínimo; las demandas de judiciales de autónomos se tramitan por la vía civil y no por la social; el falso autónomo no tiene derecho a percibir la prestación contributiva por desempleo, salvo que haya cotizado de forma voluntaria por cese de actividad.²⁰ Todas estas son las ventajas que tiene el empresario que utiliza el fraude de ley. Las consecuencias negativas de unos juegan en beneficios de otros. No obstante, en la Sentencia del Tribunal Supremo (TS en adelante) del 14 de Mayo de 2008, se afirma que el fraude de ley no se presume y que debe ser acreditado por quién lo invoca.

Esta práctica de fraude de ley encuentra sancionada en nuestro ordenamiento jurídico en el 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 (LISOS en adelante).

El artículo 2.2 de la LISOS establece que todos los empresarios, trabajadores por cuenta propia o ajena, están obligados a facilitar información de trascendencia recaudatoria en materia de Seguridad Social. Con la figura del falso autónomo el empresario consigue vulnerar este traslado de información, ya que el que está obligado es el TRADE, de tal manera que el empresario que requiere de los servicios del TRADE está exento de esta obligación en relación, a él. Asimismo, el artículo 5.1 define lo que son las infracciones laborales, en este sentido serán todas aquellas que sean contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales. Por tanto, el empresario individual está vulnerando la normativa

²⁰ RODRIGUEZ, N. (2016). El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección. *Revista Aranzadi Doctrinal* (7/2016), 1-23. doi: 2016\3275.

legal mediante el fraude de ley. En elusión a los contratos de trabajo, el los artículos 7.1 y 7.2 de la citada ley regulan el hecho de no establecer por escritos el contrato de trabajo cuando este sea un requisito exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador. La formación de falsos autónomos permite exigir este requisito ya que el contrato de trabajo no se formaliza, sino que por el contrario, lo que se pone de manifiesto es un contrato civil o mercantil. Todo ello provoca una supresión de derechos. El artículo 7.2 hace referencia a lo que venimos mencionando desde el principio de éste capítulo y lo castiga como sanción grave: *La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal.*

Una de las novedades más importantes que se han producido recientemente en la LISOS en el año 2019 es la incorporación del artículo 22.16. Este artículo que tiene como objetivo desarrollar en parte lo que establece el “Plan director de un trabajo digno 2018, 2019, 2020” elaborado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social que tiene por objetivo promover el empleo y las empresas, garantizar los derechos en el trabajo, extender la protección social y fomentar el diálogo social. Si bien, este plan establece que durante el año 2018 se han regularizado 18.851 falsos autónomos. Dentro de este importante aumento de regularizaciones se ha llevado una importante regularización en el sector cárnico, concretamente un total de 11.978 falsos autónomos.²¹

El literal del artículo 22.16 establece: *Comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.* Ello no quita que el hecho de no contratar un falso autónomo desde el primer día no sea grave, sino que esto también se

²¹ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2018). *Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020: Resumen Ejecutivo y primeros resultados*. Recuperado de: http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Documentos/ORGANISMO ESTATAL/Doc_Organismo/Plan_Resumen_ejec_result.pdf

encuentra regulado en uno de los numerales anteriores del citado artículo. El 22.2 de la LISOS, establece que también será sancionado el hecho de no solicitar la afiliación inicial o alta de los trabajadores que ingresen a su servicio. Por tanto, tener un caso de falso autónomo es grave en cualquier caso, tanto en los reconvertidos como en los que sean de nuevo ingreso. No solo con eso, ambos artículos establecen en su final que la infracción será por cada uno de los trabajadores afectados. Llevar a cabo esta práctica estará castigada en relación a lo dispuesto en el artículo 40.1 e) de la misma ley. Las multas podrán ir desde 3.126 euros a 10.000 euros, sin olvidar que es por trabajador que se vea afectado. Por no decir que además las cotizaciones no efectuadas por cada trabajador irregular deberán realizarse de manera retroactiva a los 4 años anteriores del hecho causante incluyendo el interés moratorio del 10%. Lo que se pretende hacer ver es que al empresario no le resulta beneficioso el hecho de tener falsos autónomos contratados ya que si bien, en un primer momento puede ahorrar determinados gastos, en un futuro puede pagar esta práctica a un alto precio. Lo que trata de conseguir este plan director es evitar la práctica de esta conducta. Es una figura que está en el punto de mira del Gobierno actual. Si bien hay que decir que la gran mayoría de regularizaciones se llevan a cabo mediante la inspección del propio gobierno; no se dan a instancias de los propios falsos autónomos, ya que no es habitual que el falso autónomo demande hasta el momento que cesan con sus servicios. De ahí que la gran regularización se lleve a cabo por la actividad inspectora.

La figura del falso autónomo es un fenómeno creciente en el mercado de trabajo actual. Actualmente el número de falsos autónomos es difícil de oficializar. A pesar de ello la Encuesta de Población Activa ha publicado recientemente un nuevo módulo anual en la actividad por cuenta propia donde se pueden extraer diversos datos. El primero de los datos es que de los 3.042.200 personas trabajadoras por cuenta propia hay 165.900 que no puede influir en el contenido ni orden de las tareas. También permite ver que de los 2.011.600 trabajadores independientes o miembros de cooperativas, 32.800 comenzaron su actividad porque su anterior empleador le pidió que trabajara por cuenta ajena. Asimismo, de los 3.042.200 trabajadores por cuenta propia a 222.400 su horario de trabajo lo decide su cliente o clientes y de esos 222.400, 20.300 no tienen empleados porque su cliente o clientes quieren que haga el mismo el trabajo. De estos datos

podemos ver que las estadísticas dan un indicio de que por lo menos, hay un elevado porcentaje a nuestro parecer, de irregularidades. Estas anomalías son indicios de que no todos los trabajadores por cuenta propia son en realidad lo que son, por reunir características básicas del trabajo por cuenta ajena.²² A pesar de la dificultad de cifrar la cantidad de falsos autónomos, según datos de la EPA el desfase entre la cifra de autónomos integrados en estructuras productivas y la del TRADE permite cifrar en unos 335.00 los falsos autónomos. La irrupción de nuevos modelos empresariales disfrazados de economía colaborativa (como es el caso de algunas empresas de reparto a domicilio), y las prácticas cada vez más extendidas en las empresas multiservicios, unido a los incentivos de creación de autoempleo a través de sistemas como la tarifa plana, no hacen sino contribuir a la creación de este colectivo.²³

Si bien es cierto que en todas las actividades económicas encontramos casos, hay algunos sectores en que la práctica fraudulenta es más reiterada. El reparto de la comida a domicilio es uno de los sectores más castigados por ésta actividad. Asimismo, el sector de transporte es uno de los sectores más sonados; fue uno de los primeros sectores en utilizar esta práctica. Otros sectores que ha visto en auge esta práctica desde el arranque de la crisis en el 2008 han sido los falsos autónomos en los medios de comunicación. En nuestra opinión, uno de los motivos principales de que esta figura volviese a ponerse en auge fue la crisis vivida en 2008.

²² Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2018). *Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020*.

²³ GRAU, C. (2018). La economía digital o de plataformas (“platform economy”) como oportunidad de crear empleo autónomo ¿precario?. *Revista Española del Derecho del trabajo*. (213). Recuperado de: https://insignis-aranzadidigital.es.areauba.cat/maf/app/dокумент?srguid=i0ad82d9a000001714525c224626a5fb8&marginal=BIB\2018\13396&docguid=Ica841000d1ad11e8bc98010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=document Retrieval & global ResultList=&global=&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=

II. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA DEL FALSO AUTÓNOMO.

En este apartado se pretende examinar el trato que da la jurisprudencia a esta figura dados los problemas de identificación que se producen.

Creemos que una de las sentencias más significativas y que mejor plasman los criterios fácticos sobre la presunción de laboralidad es la Sentencia del TS (TS en adelante) del 23 de Noviembre del 2009. En dicha sentencia, en su fundamento jurídico tercero se hace referencia a las notas características de la relación laboral. Esta sentencia apunta que los criterios para determinar si existe o no relación laboral son los siguientes: 1º) La calificación de los contratos no depende de la denominación que le den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de ellas obligaciones asumidas en el acuerdo contractual de las prestaciones que constituyen su objeto. Es decir, el contrato puede decir que es una cosa, pero no por ello implica que lo sea. La apariencia no presupone una veracidad total. 2º) En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo a cambio de un precio o remuneración por los servicios. En el trabajo por cuenta ajena en cambio la retribución está garantizada. El contrato de trabajo es una especie del contrato de arrendamiento de servicios cuando concurren junto a las notas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y dependencia. Es decir, el contrato de trabajo, compartiendo nuestra opinión con la del TS, no deja de ser una subespecie de contrato civil o mercantil de arrendamiento de servicios en las que se une la dependencia y ajenidad de una persona hacia un empresario. 3º) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de manera distinta. De ahí que la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de las notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indicativos de una y otra. El Tribunal lo que da a entender a que es que en función de que si las notas características tienden más a una u otra figura se calificará en función con las que más notas diferenciadoras concurren. Por tanto, y como hemos venido diciendo a lo largo del primer apartado de este capítulo, uno de los principales problemas que hay es la

identificación de si hay o no esta presunción de laboralidad. 4º) Los indicios más habituales de la nota de dependencia según el tribunal son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar designado por este y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo. Es decir, entendemos que la prestación de trabajo es una prestación personalísima, que no puede desarrollarla otra persona. Esta sustitución solo es excepcional. El TS también hace denotar que una de los principales indicios de dependencia es que el empleador se encarga de programar su actividad, no teniendo el trabajador ninguna capacidad organizativa propia dentro de la empresa. 5º) Los indicios más comunes de la nota de ajenidad son entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajado de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o personas a que atender. El trabajador no tiene capacidad de juego dentro del mercado, sino que se atiene a lo dictado por el empresario en el mismo. El empresario no tiene el riesgo ni el lucro especial que caracterizan la actividad del empresario. En este sentido cabe también poner en relación la Sentencia del TS del 12 de Febrero de 2008 cuando establece que: *Los frutos de del trabajo se transfieren “ab initio” al empresario que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios.* Es decir, desde el principio el empresario recoge los frutos que le da su actividad económica, no son los trabajadores quien recogen los beneficios, pero tampoco son estos los que afrontan las pérdidas. 6º) La percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad. Compartiendo la jurisprudencia fijada por el tribunal, se entiende que las formas de retribuir la prestación pueden indicar claramente ante qué tipo de prestación estamos: laboral o civil. Estos requisitos son comunes para calificar la presunción de laboral.²⁴

No obstante a continuación se pasará a analizar una serie de supuestos concretos en los que se analizarán rasgos concretos sobre la presunción de laboralidad.

²⁴RODRIGUEZ, N. (2016). El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección. Op. cit. p. 13.

El primer rasgo que vamos a analizar es la obligación de preavisar. El Tribunal Superior de Justicia (TSJ en adelante) de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en la sentencia de 30 de Junio de 2005, estableció que el incorporar cláusulas de preaviso en una contrato de naturaleza mercantil daba lugar a una presunción de laboralidad, habiendo realmente una relación laboral encubierta. El presente caso se da en relación a unos médicos y personal sanitario. Estos médicos se encontraban sometidos a unos horarios de trabajo establecidos por la empresa; eran retribuidos mensualmente de manera fija sin que ésta se viese afectada por la cantidad de pacientes atendidos o por la cantidad de horas realizadas. De la misma manera, se ponían a disposición de los mismos vehículos de empresa y equipo sanitario, no debiéndolo aportar los mismos. Asimismo uno de los rasgos detonadores de la sentencia no gira en base a las notas generales de presunción de laboralidad, sino en base a otro criterio concreto. Lo peculiar es que en su fundamento jurídico 5º tercer párrafo, se menciona que los contratos mercantiles incorporaban una cláusula de preaviso de 15 días si se quería extinguir el mismo. Este preaviso era el mismo que la normativa establecía para la extinción de los contratos. Llama la atención que dentro de un contrato mercantil se establezca una cláusula de preaviso igual que la que se establece en el ET. De ahí que mencionemos esta sentencia. En la sentencia se puede apreciar que el TSJ de Andalucía sigue los criterios establecidos por el TS para determinar la existencia de una relación laboral,. No obstante, como hemos visto en el párrafo anterior, el TS no contempla como indicio de ajenidad o dependencia el preaviso de la extinción del contrato de trabajo. No obstante, el TSJ de Andalucía si que lo contempla como un criterio adicional y lo tiene en cuenta a la hora de determinar la ajenidad de la prestación laboral. En base a ello, entendemos que puede ser un criterio que determine la ajenidad ya que es una obligación legal la de preavisar tal y como establece el artículo 49.1 c) del ET.

En el apartado 1º del capítulo segundo se ha estado hablando de la utilización de la figura del autónomo para eludir la relación laboral a modo de fraude de ley. Uno de los ejemplos más claros se puede ver en la sentencia del TSJ de Madrid en la sentencia de 4 de Noviembre de 2014. Lo que sucedió en este caso es que el gerente de la empresa llegó al acuerdo con los trabajadores que para que pudiesen seguir trabajando porqué la

empresa no podía pagar salarios, que éstos se hiciesen autónomos. De esta manera, los trabajadores cobrarían la prestación contributiva por desempleo y se les iría dando trabajo en la medida que pudiesen. Asimismo los trabajadores declararon ante la Inspección de Trabajo que formaban parte anteriormente de la plantilla de personas del grupo y ahora trabajan con autónomos, con aportación exclusiva de su trabajo personal, ya que los materiales, instrucciones y herramientas las recibían de la empresa. Como se puede aprecia, volvemos a poner de manifiesto los criterios fijados por el TS, pero aquí se añade la valoración del fraude de ley, dado que los trabajadores al mismo tiempo estaban cobrando la prestación por desempleo. Sobre el fraude de ley El TSJ de Madrid se manifiesta de la siguiente manera: *La Sala ha de concluir la existencia de fraude de Ley pues el cese del trabajador y la posterior capitalización de la prestación por desempleo no obedece a una causa real, pues se mantiene idéntica la prestación de servicios para las empresas del grupo, pero instrumentalizada a través de la contratación de un "falso autónomo", con el objeto de eludir los costes empresariales inherentes a toda contratación laboral.* Como podemos ver, el tribunal utiliza la palabra “instrumentalizada”; creemos que utiliza de manera muy correcta el término, dado que la utilización de esta figura es una herramienta de fraude ya que la prestación laboral se mantiene idéntica pero bajo la figura del falso autónomo con el objetivo de reducir los costes que se generan en el empresario derivados de la relación laboral. Como podemos ver en este caso, la novación contractual no supone cambiar en si el contrato.

La Sentencia del TS del 30 de abril de 2009 establece un criterio importante respecto al salario, pues determina que la naturaleza salarial no se pierde por la forma de denominación o retribución, sino que por el contrario se conserva. En la sentencia se analiza el caso de un trabajador autónomo de una empresa que se dedica a la instalación y limpieza de contenedores higiénicos. Si bien, no se dan las notas características del trabajador por cuenta propia a pesar de que el trabajador se desplace con su propio vehículo hacia los clientes, pues se reúnen todas los requisitos de dependencia y ajenidad y no es un criterio que desvirtúe la naturaleza de la relación.²⁵ El aspecto

²⁵RODRIGUEZ, N. (2016). El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección. Op. cit. p. 13.

destacado como bien hemos dicho es que el trabajador emitía unas facturas, que cobraba de manera invertida; la factura la cobraba siempre, aunque la empresa no cobrara de sus clientes, de ahí que se generara duda sobre la naturaleza salarial o no de las facturas emitidas. En este caso, el tribunal para resolver se pronuncia en los siguientes términos: *El que la retribución se fije en atención al número de servicios prestados y a su entidad tampoco desacredita lo argumentado hasta aquí, por cuánto la forma de retribuir el trabajo no hace que la remuneración del mismo pierda su naturaleza salarial, conforme al artículo 26-1 del Estatuto de los Trabajadores , norma que permite que el trabajo se retribuya por horas o por unidad de obra.* Tal y como hemos dicho anteriormente, lo que realmente debe valorarse siempre es la naturaleza de los contratos y no lo que se disponga en el contrato en sí. En este caso sucede lo mismo con el salario, pues lo que denota importancia es la naturaleza que éste tiene y no la denominación o forma en que se realice. En este caso el tribunal entiende que se conserva la definición del artículo 26.1 del ET respecto al salario, ya que deriva de la prestación de servicios por cuenta ajena y no por cuenta propia a pesar de la terminología utilizada y de la dependencia de los trabajadores hacia la empresa. Sobre ésta derivación del salario sobre las notas de ajenidad y dependencia se pronuncia el TSJ de Asturias en su sentencia del 8 de febrero de 2008, cuando establece que: *Se deduce así una interrelación de dependencia y ajenidad hasta el punto de ser la primera una consecuencia de la segunda, verdadero presupuesto básico del contrato de trabajo en el sistema económico que plasma la Constitución, pues, desde el momento en que, a cambio de un salario, el trabajador pone a disposición del empresario una actividad, el cómo, dónde y cuándo ha de desenvolverse esa actividad, lo decide y dispone el mismo, como titular de los resultados pretendidos.* Vemos que en el caso del TS, la naturaleza salarial se conserva, a pesar de la denominación y forma de retribución.

La fecha de antigüedad debe remontarse a la prestación de servicios, pues es el caso de un periodista en la sentencia del Juzgado de lo social de Madrid del 22 de Octubre de 2013, nº466/2013. El periodista prestaba sus servicios como autónomo para la empresa desde el año 2009 hasta el año 2011 que suscribió un contrato laboral con la empresa. Pues el tribunal establece que: conclusión de que la antigüedad laboral del actor debe ser de 1 de septiembre de 2009, fecha en que comenzó efectivamente a prestar servicios.

Esta sentencia a su vez, podemos ponerla en relación con el criterio que estableció el TS en la sentencia del 11 de mayo de 2009 en lo que se refiere a la indemnización de los trabajadores, pues esta se debía remontar a la primera fecha de prestación de sus servicios. En esta sentencia el tribunal es claro y conciso, estableciendo que: *Pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos.* A pesar de que el contrato no sea temporal ni indefinido, por analogía se puede pretender equiparar esta situación a las relaciones mercantiles de los falsos autónomos.²⁶ La prestación de servicios debe equiparse, en nuestra opinión, a la fecha inicial de prestación de servicios bajo cualquier modalidad contractual. Esta equiparación no solo debe hacerse en los contrato temporales e indefinidos, sino también si estos giran bajo una denominación mercantil siendo realmente un relación laboral. En el caso de los falsos autónomos, la gran mayoría de ellos prestan sus servicios durante un largo periodo de tiempo continuo; pues la antigüedad de estos en el caso de pasar a ser trabajadores por cuenta ajena, debería remontarse a la fecha de la primera prestación de servicios si estos continuasen haciendo las mismas tareas que cuando cesó su actividad como autónomo.

Asimismo, la doctrina también ha fijado en base a los criterios dados por el TS que la obligación de solicitar permiso para concretar periodo de vacaciones es un indicio de dependencia y que la organización esta supeditada a las ordenes del empresario, y por tanto una relación laboral. El TS hace uso de un nuevo indicio de dependencia. Así, la sentencia declara que: *por otro lado, las vacaciones se fijaban por la empresa, esto es, de esas vacaciones se debía dar cuenta a la empresa para su conocimiento, lo que permite su control.* En suma, el hecho de tener que solicitar permiso del empresario para coger vacaciones supone un rasgo de dependencia entre trabajador y empleador. El artículo 38 del ET trata sobre las vacaciones anuales y, en este sentido, el segundo apartado establece que *el pedido o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso con*

²⁶RODRIGUEZ, N. (2016). El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección. Op. cit. p. 13.

*los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.*²⁷ Es decir, cuando un trabajador autónomo debe de poner de común acuerdo el periodo de vacaciones con el que es su cliente, eso no es un indicio de trabajo por cuenta propia, sino que por el contrario suele ser un indicio de dependencia y de relación laboral encubierta, ya que el periodo de vacaciones se fija entre empresario y trabajador.

Para finalizar haremos referencia a otro criterio concreto al que acude el TS para determinar la relación laboral. Utilizaremos para ello la sentencia del 20 de enero de 2015. En la presente La demandante prestaba labores de limpieza en una comunidad de propietarios. Tanto, el horario de trabajo, turno y jornada eran fijados libremente por la demandante, únicamente recibía ordenes por parte de la comunidad del edificio cuando se producía algún imprevisto en el edificio. Los productos de limpieza utilizados por la demandante eran pagados por la comunidad. La actora, reclama a la comunidad una indemnización por las secuelas que ha sufrido a raíz de una calidad en el portal. La comunidad finalmente decide pagar. Durante el tiempo en el que la limpiadora estuvo impedida para realizar las tareas propias de limpieza, durante un periodo de dos meses, quien se encargó de la limpieza del mismo fue la hermana de la actora. La comunidad aceptó los trabajos de la hermana de la actora mientras estuviese convaleciente. El día que la actora vuelve a trabajar, le es negada la prestación dado que dichas prestaciones se habían concertado con una empresa dedicada a ello. La actora interpuso una demanda de despido que fue desestimada por entenderse la relación de carácter civil y de arrendamiento de servicios. La sentencia fue recurrida ante el TSJ de Galicia en la que desestimó el recurso de suplicación. No conforme con ello, se presentó recurso de casación ante el TS en la sala de lo Social, aportando como sentencia contradictoria la STS del 25 de enero de 2000. El tribunal, en el recurso de casación toma de referencia la doctrina establecida en la STS del 23 de Noviembre del 2009 (comentada anteriormente). El TS entiende que si hay realmente una relación laboral en cubierta ya que la actora únicamente aportaba su mano de obra, a pesar de que pudiese tener libertad en la concreción horaria de su servicio. La comunidad de propietarios alega que no hay relación laboral debido a que durante el periodo de convalecencia de la actora

²⁷ RODRIGUEZ, N. (2016). El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección. Op. cit. p. 13.

quien cubrió los servicios fue su hermana. El tribunal entiende que: *La cobertura de su baja por una familiar de la actora tampoco sirve para negar la laboralidad del vínculo, no siendo infrecuente que, en este tipo de trabajos, la búsqueda de una persona que sustituya a al titular se haga mediante la referencia del mismo.* Aunque el hecho de que un familiar te sustituya puede ser un fuerte indicio de trabajo autónomo, el TS entiende que la relación laboral puede mantenerse, ya que en este tipo de trabajos es habitual esta sustitución. Por tanto, el tribunal da un cierto margen a la discrecionalidad de él mismo de valorar que trabajos son los que se permite esta flexibilidad, debiéndose valorar caso por caso si hay dependencia hacia quien contrata.

III. COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE DELIVEROO Y GLOVO

En la sentencia nº 188/2019 del Juzgado de lo Social de Madrid de 22 de julio de 2009, se discute si la relación de prestación de servicios entre los repartidores, también denominados “riders” y la empresa Roofoods Spain S.L, es de carácter laboral o no. La empresa Roofoods Spain S.L promociona los productos de los restaurantes que contraten sus servicios y facilita el proceso de pedido entre el cliente y restaurante. Asimismo, la misma empresa también presta un servicio de recogida de los pedidos del restaurante y de entrega en el domicilio o lugar designado por el consumidor. Para la realización de sus actividades la sociedad demandada (Roofoods Spain S.L) utiliza una aplicación denominada “Deliveroo”. A dicha aplicación acceden los clientes, los restaurantes y los repartidores. A través de una tableta proporcionada por la empresa demandada a los restaurantes, se confirman los pedidos que se hacen al restaurante a través de la aplicación. Cabe decir, que los repartidores no están contratados como trabajadores por cuenta ajena; son trabajadores autónomos. A estos trabajadores, la empresa les exigía tener para poder realizar el servicio una bicicleta o motocicleta, un móvil con conexión a internet, una caja para transportar la comida (la funda de la caja era proporcionada por la empresa demandada con su publicidad), y un soporte para la caja en caso de tener motocicleta. A excepción del teléfono móvil y la conexión a internet, si los repartidores no disponían de los medios, la empresa se los facilitaba a cambio de dejar una fianza a través de una retención en la factura. Asimismo, si no disponían de motocicleta, la empresa les facilitaba el contacto para que las alquilaran;

disponiendo de descuentos exclusivos por colaborar con la empresa demandada. A través de la aplicación Deliveroo, el repartidor marcaba si estaba o no disponible y el estado del pedido, recogido o entregado. Asimismo, la app permitía saber al departamento de “Live Ops” las horas de inicio y de fin de cada trabajador, la localización y los tiempos de reparto.

Asimismo, la empresa también trabajaba con una segunda aplicación denominada “Staffomatic”. Esta aplicación era un software externo que a la empresa demandada le permitía establecer: 1º) Los turnos de trabajo; 2º) Las ausencias de los repartidores; 3º) Los cambios de turno; 4º) Las vacaciones. A través de esta aplicación, se determinan los turnos, permitiéndolos asignar directamente o que sea el propio personal que lo solicite. No obstante la empresa para asignar los turnos procedía de la siguiente manera antes de pasarlos a la aplicación Staffomatic: Los turnos los pasaba la empresa demandada a través de un calendario en blanco que enviaba a los trabajadores a través de una aplicación de mensajería (Telegram). En éste calendario en blanco los trabajadores se apuntaban en función de las zonas que más les convenían por su ubicación. Una vez apuntados en el calendario la empresa procedía o no a su asignación definitiva. Si muchos trabajadores se apuntaban en la misma franja horaria y no se podía dar trabajo a todos, se decidía a cuál de ellos dárselo en función de las valoraciones que tenían. Realizado el emparejamiento se procedía a publicar el calendario definitivo o el horario definitivo. El turno de los repartidores no podía alterarse a no ser que otro repartidor lo aceptara y la empresa también lo aceptara. Si el repartidor fallaba se consideraba que el turno había sido incumplido. A través de éstas faltas se permitía saber la fiabilidad y disponibilidad del repartidor en horas puntuas. En el caso de que el trabajador tuviera valoraciones negativas, la empresa hacía un preaviso al trabajador de treinta días para que cambiara su conducta y en el caso de no hacerlo rescindir su contrato de prestación de servicios. Asimismo, para iniciar el servicio todos los repartidores debían dirigirse a una zona concreta denominada “centroide” para verificar su disponibilidad. Una vez ahí, empezaban a recibir los pedidos. Las incidencias que pudiesen surgir a los repartidores eran resueltas a través del departamento de “ridder suport”. Las facturas de los repartidores eran elaboradas por la propia empresa demandada y en ellas se incluían las propinas que pudiese haber recibido ya fuese en metálico o a través de la aplicación

Deliveroo. Vistos los hechos, el tribunal trata de definir si la relación que une a los repartidores con la empresa demandada es de carácter laboral. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS en adelante) actúa de oficio tratando de que el tribunal resuelva en favor de la laboralidad. La empresa demandada en cambio no entiende que haya una relación laboral. En el proceso a la demanda de la TGSS se adhirieron multitud de trabajadores así como los sindicatos UGT y CCOO. A la contestación a la demanda por parte de la empresa Roofoods Spain S.L, también se adhirieron trabajadores.

En el acta de liquidación se establece que los repartidores afectados por el proceso prestaron sus servicios en los términos que se indica en la misma, al no quedar desvirtuados por parte de la demandada de los hechos que en ella se describen. En el acta se entrevistaba a un numero determinado de repartidores y no a todos ellos. Que al parecer del juzgado, este criterio puede *considerarse razonable si, como considero que es el caso, los distintos trabajadores afectados se hallan sustancialmente en la misma situación y si la muestra es lo bastante amplia como para poder extraer de la misma conclusiones lo bastante seguras*. La consideración de suficiente la hace en base a los criterios establecidos por la sentencia de la Audiencia Nacional (AN en adelante) en la sentencia del 18 de mayo de 2016. El Juzgado de lo Social entiende que de los trabajadores entrevistados *pueden existir diferencias sobre cuánto han prestado servicios cada uno pero no sobre el cómo, que puede considerarse el mismo*. En este sentido compartimos la opinión del juez en determinar que no es necesaria la entrevista de todos los sujetos. Además se trata de una pura cuestión de economía, en el sentido de que siempre y cuando se reúnan unos requisitos comunes y el resultado vaya a ser el mismo, la aplicación relativa a los demás casos puede ser una certeza fallando en muy pocas ocasiones. En el acta de inspección también se establece que la empresa entregaba unos folletos informativos a los repartidores de como debían proceder a dar el servicio. El folleto informativo ha tenido distintos modelos a lo largo del tiempo, pero ello no implica que la información sea diferente. Este elemento es de importancia relevante pero no determinante en palabras del juez. El folleto reviste especial importancia dado que es una evidencia de la existencia de instrucciones por parte de la empresa en cuanto a la forma de trabajar. Las pruebas practicadas durante el acto de juicio no permiten

desvirtuar, como hemos dicho anteriormente, el acta de liquidación levantada por la inspección.

Es a partir del fundamento jurídico cuarto dónde se empieza a discutir sobre la presunción de laboralidad del caso en cuestión. El Juzgado de lo Social, basándose en la sentencia dictada por el TS el 8 de febrero de 2018 declara que la existencia o no de la laboralidad no depende sin más del nombre que las partes hayan dado a su contrato, sino que lo esencial es el contenido real del mismo. Asimismo el juez también toma como referencia el criterio ya asentado por el TS y que hemos ido diseminando a lo largo del presente trabajo: La distinción entre el arrendamiento de servicios, o en general, el trabajo autónomo y el centro de trabajo dependen especialmente de la concurrencia o no de ajenidad. Conceptos que como ya hemos dicho en repetidas ocasiones, son de una amplia abstracción y debe determinarse su casuística caso por caso. Cabe decir, que los contratos mediante los cuales se pactaba la prestación de servicios permitían la subcontratación siempre y cuando se autorizara por escrito por la empresa Roofoods Spain S.L.

En lo que se refiere a la forma de retribución, ha ido variando conforme iba variando el modelo de contrato. El tribunal entiende que la forma de retribución es plenamente compatible con la laboralidad de acuerdo con lo señalado en el artículo 26.3 del ET. De la misma manera, con lo que hemos señalado en el primer apartado de este capítulo en la sentencia del 30 de abril de 2009, en la que se establece que la naturaleza salarial no está relacionada con la denominación de la retribución, sino con si cumple los requisitos establecidos en el ET para que sea considerada la retribución como salario.

En lo que respecta a los medios materiales, el juez hace una importante reflexión, dado que relativiza la importancia no a la cantidad de medios que son propios del trabajador, sino a la importancia de estos medios para realizar la actividad. En este caso los medios importantes no son según el tribunal las motocicletas o bicicletas, sino la aplicación Deliveroo. El literal del Juzgado de lo Social establece: *Ello no basta para descartar la ajenidad, al estimar que los medios y activos de mayor importancia para el desarrollo de la actividad no son esos, sino que son la aplicación Deliveroo, controlada y*

proporcionada por la empresa para su uso por los repartidores. En este sentido, la doctrina opina lo mismo en determinar que aun cuando han de aportar para trabajar una bicicleta, tal nota no es decisiva, ya que existen nexos laborales en lo que les trabajador aporta algún medio o herramienta carente de trascendencia económica.²⁸ Asimismo, los repartidores se dedican a una tarea de transporte, sin que les alcancen los riesgos derivados del negocio entre el restaurantes que concierta los servicios y el cliente (destinatario final), sino que es la empresa demandada quien asumía dichos riesgos. Por consiguiente, es también un hecho que constata el juez que si el repartidor no disponía de los medios, la empresa le facilitaba el acceso a los mismos en condiciones ventajosas, lo que en palabras del tribunal *evidencia que la aportación fundamental de los repartidores era su trabajo personal.* El juez apoyado también en la jurisprudencia ya fijada en la STS del 26 de febrero de 1986 acaba determinando que la aportación de la bicicleta no es un como bien hemos dicho anteriormente determinante para la ajenidad. De la misma manera, una nota importante sobre la ajenidad es que los repartidores en ningún momento establecían vínculo ninguno con los restaurantes, sino que era la empresa Roofoods Spain S.L la que establecía y repartía el servicio a realizar entre los repartidores. No siendo los “riders” los que establecían una relación directa con los restaurantes. El juez afirma, *que el trabajador era remunerado por su trabajo, como podría serlo cualquier otro trabajador por cuenta ajena.*

Como bien hemos dicho anteriormente, los repartidores a través del software “Staffomatic” prestaban sus servicios de una forma completamente organizada y regida por la empresa demandada, pudiendo ésta comprobar con toda precisión las condiciones en las que se prestaba el servicio, condiciones que la empresa evaluaba y comprobaba. Asimismo, es un hecho que no deja de sorprender para el lector de la sentencia, el hecho probado que consta en el acta de liquidación: cuando se les pasaba el video informativo a los repartidores, se les proponía que se presentaran como parte de la empresa. En nuestra opinión, si que es normal que en cierto modo debas identificarte ante el destinatario final como alguien que tiene una relación con “Deliveroo”. No obstante, de

²⁸ ALVAREZ, H. (2018). La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “Deliveroo”. Comentario a la SJS núm. 6 Valencia, de 1 de Junio de 2018. *IUSLabor.* (2/2018), 280-293. Doi: 10.31009/IUSLabor.2018.i02.11

ahí a presentarse como que formas parte de la empresa, es un hecho que puede generar confusión si realmente eres un trabajador autónomo, dando a conocer al cliente final una imagen que no se determina con la realidad que establece en tu contrato. En los folletos informativos se les daban instrucciones a los repartidores de como debían proceder durante el desarrollo de la actividad así como prohibiciones tales como, no poder beber alcohol, entrar con el casco puesto en la cabeza al restaurante o a casa de los clientes entre otras. Pone de manifiesto el Juez de lo social *que la empresa no se ha limitado a contratar un servicio de transporte de comida en el que lo esencial sea la entrega en sí sin entrar en el detalle de cómo se ha de realizar, sino que ha establecido con toda precisión la forma en la que se ha de prestar ese servicio, homogeneizándola para todos los repartidores*. Si bien matiza el tribunal, es que si se hubiese dado la relación laboral en un régimen de autonomía, habría muchísimas más diferencias entre la manera de ejecutar los trabajos por parte de los repartidores, un hecho que no queda evidenciado en el presente caso. Sino que como bien señala, el *modus operandi* del repartidor es completamente homogéneo al de otro repartidor. En consecuencia de todo ello, el Juez declara que los repartidores estaban sujetos a una relación laboral con Roofoods S.L.

Otra sentencia que vemos conveniente comentar es la sentencia nº53/19 dictada por el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid. Es la sentencia de la empresa Glovoapp23 S.L. Se trata de una empresa de mensajería que tiene por objeto el transporte de mercancías a través de una aplicación denominada Glovo. Su objetivo consiste en repartir productos d los proveedores a los compradores (clientes finales), recogiendo el producto al proveedor y entregándoselo al destinatario final. El cliente entra en la aplicación y solicita el envío. Una vez solicitado el envío, la aplicación asigna un el repartidor mejor ubicado para realizar el servicio. Para realizar la asignación, además de tener en cuenta la ubicación, utiliza un algoritmo que tiene en cuenta el menor coste, tomando en consideración: 1º) La eficacia de las cuarenta últimas entregas; 2º) Los pedidos realizados en las últimas setenta y dos horas; 3º) El volumen histórico de pedidos; 4º) La puntuación de los repartidores. Los repartidores para ejercer como tales, deben darse de alta en la aplicación, indicando que medio de transporte van a utilizar y el móvil. Medios de los cuales asumen el gasto. Una vez los repartidores o “glovers” realizan el

envío deciden si aceptar o no uno nuevo, es decir una nueva asignación hecha por la aplicación en base a los criterios anteriormente dichos. El cliente final realiza el pago en el que se incluye el precio del producto, el servicio prestado por Glovoapp23 S.L. y el servicio del repartidor. En la aplicación, asimismo, figuran informaciones, recomendaciones e instrucciones para resolver los problemas que puedan presentarse durante el servicio. En el caso que nos incumbe, el demandante es un repartidor de glovo, que tenía condición de TRADE. La empresa decide rescindir el contrato que tenía con éste. El motivo es que el demandante comenzó a hacer pedidos mediante la aplicación durante un periodo en el que se había convocado una huelga de “Glovers” (ilegal, por no seguirse el procedimiento) con el fin de ver que repartidores trabajaban para amenizarlos y valorarlos negativamente, así de esta manera les provocaba un perjuicio por no participar en la huelga. En esta sentencia se trata de ver si la relación entre las partes es laboral o si por el contrario lo que subsistía era una relación mercantil. Una de las cuestiones relevantes que nos gustaría destacar de esta sentencia es la reflexión que hace el juez sobre el cambio de las formas de trabajo debido a las TIC en su fundamento jurídico primero. En este sentido nos gustaría destacar que en nuestra opinión, y seguramente en la de muchos, el derecho va atrasado a la realidad que vivimos. El derecho no es tan flexible como a nuestro parecer nos gustaría, sino que por el contrario es una herramienta muy útil pero que cuya flexibilidad es relativa. Seguramente esta dureza de deba a proporcionar una seguridad jurídica en el ordenamiento, prefiriendo adoptar una estabilidad y no por el contrario periodos convulsos. Respecto a ello, nos gustaría hacer mención a lo que se denomina la autoregulación. La autoregulación no dejan de ser normas privadas, cuyo incumplimiento no te deja dentro de la ilegalidad (ya que a su vez respetan las normas establecida por el ordenamiento jurídico). Sino que por el contrario te deja fuera del mercado. Podemos ver en muchas ocasiones, como empresas privadas exigen el cumplimiento de ISO, UNE, UNF, etc. Asimismo, el tema de los TRADE, es una figura que carece de una deficiente normativa aplicable, que se queda muy desmarcada de las actualidad del momento. Se entiende, que a través de esta autoregulación, se podrían crear normas privadas con un fuerte objeto social y eliminar, o por lo menos disminuir, la problemática del falso autónomo. Éste objeto social consistiría en que mediante este tipo de normas se obligaría a las empresas a cumplir con un determinado número de

condiciones que impidiesen el acceso de esta figura a las empresas; ello provocaría la extinción de la figura del falso autónomo y por ende la mejora de las condiciones laborales de los mismos.

Hecho este breve inciso, la sentencia trata de ver si la relación entre el repartidor y la empresa es una relación laboral encubierta. No obstante, el juez, reflexivo con lo anteriormente dicho incide en que el surgimiento de las TIC *en el trabajo es tan profunda y relevante que al momento de analizar si concurren las notas de ajenidad y dependencia y para lograr una adecuada calificación de la relación, es preciso analizar los nuevos indicios que aparece, antes inexistentes, y volver a valorar el peso definitorio de los indicios clásicos*. En el presente caso, a nuestro parecer, la balanza entre relación laboral o por cuenta propia está más equilibrada, siendo un caso que precisa de mayores aclaraciones por parte del juez (Fundamentos Jurídicos 6º y 7º). Asimismo destaca el hecho establecido en la novena del contrato. Esta cláusula establece que será Glovoapp23 S.L quien fije el precio del servicio en el momento que se solicite, atendiendo al tiempo y distancia que se pueda emplear, será entonces cuando el precio del servicio se comunique al repartidor, impidiendo que éste tenga facultades de negociación en su retribución, ni con Glovoapp23 S.L, ni con el cliente. La retribución del repartidor, se hace cuando se emiten las facturas que son elaboradas por la propia empresa. Tal y como indica el juez, se trata de un sistema de trabajo basado en la denominada “contratación a demanda” cuya defunción es según el juez la que *consiste en que un empresario necesita que se lleve a cabo de forma inmediata una concreta actividad de escasa duración y cuando surge la necesidad la oferta fijando un precio concreto a través de la plataforma para que la reciban los potenciales prestatarios*. Esto es lo que implican las TIC, una gestión rápida e inmediata de servicios. Los servicios ahora son rápidos, no son como los basados en el siglo XX, sino que por gracia o por desgracia, allá la opinión de cada uno, el mundo actual funciona bajo los parámetros de inmediatez en muchos sectores. En la sentencia se establece, a buen criterio de juez, que es impensable que el trabajador con su vehículo y su móvil pueda llevar a cabo en buenas condiciones la actividad, dependiendo totalmente de la aplicación Glovo. Ésta invalidad para realizar la tarea es determinante para calificar la relación de laboral. En este sentido, en comparación con la sentencia anteriormente comentada (caso Deliveroo), podemos apreciar como el núcleo de sostenimiento de la

ajenidad se basa en la aplicación, siendo ésta un medio fundamental para el desarrollo de la actividad. Siendo un medio que pertenece a la empresa y no al repartidor. La relación finalmente es tildada de laboral, no teniendo en cuenta las manifestaciones hechas por el demandante vía WhatsApp sobre la huelga; en ellas no se podía denotar una intención a secundar la huelga ni de coacción a los repartidores.

IV. EL FALSO AUTÓNOMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

En este apartado se pretende hacer un inciso sobre la figura del falso autónomo a nivel internacional en base a la normativa y jurisprudencia que se expone a continuación.

Para ello en primer lugar acudiremos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) de 4 de Diciembre de 2014 el Caso FNV Kunsten Informatie en Media contra Staat der Nederlanden. Cabe decir previo a su comentario, que la regulación de los Países Bajos permite a los a los autónomos neerlandeses el derecho a afiliarse a cualquier sindicato o asociación patronal o profesional. Pudiendo celebrar estos convenios colectivos. Durante los años 2006 y 2007, una asociación de músicos y una asociación empresarial celebraron un convenio colectivo para los músicos sustitutos de orquestas. Una de las previsiones de dicho convenio era el abono de una serie de honorarios mínimos, no solo a los empleados por cuenta ajena, sino también a los trabajadores autónomos. En 2007 la NMa (autoridad Neerlandesa) publicó, que las disposiciones que establecieran honorarios mínimos para los trabajadores autónomos, estarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley de Competencia Neerlandesa, la cual es un calco del artículo 101 del TFUE²⁹; éste acuerdo según lo declarado por la NMa estaba prohibido en virtud de lo que establecía éste artículo 6. La FNV (sindicato) interpuso un recurso ante el Rechtbank Den Haag, al objeto de que se declarase por dicho tribunal, que el derecho de la competencia no obstante a que las disposiciones de los Convenios Colectivos obliguen a los empresarios a respetar unos honorarios mínimos a los trabajadores por cuenta ajena y a los autónomos,

²⁹ Artículo 101 del TFUE: *Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular...*

pidiendo al tribunal que se ordenase al Estado Neerlandes a rectificar su punto de vista. El Tribunal entiende que la fijación de éstos honorarios debe derivar de la concertación social entre empresas y asociaciones de empresarios. Asimismo debe contribuir a la mejora de condiciones laborales de los trabajadores, entendiendo que éstas condiciones de empleo no contribuyen directamente a la mejora de las condiciones. La FNV recurrió dicha resolución frente al Gerechtshof te 's-Gravenhage, planteando si la aplicación de éstas disposiciones son contrarias al artículo 101 del TFUE. Dicho tribunal planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre la pregunta planteada. El alto tribunal entiende que los objetivos de política social perseguidos por este tipo de acuerdo resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuviesen sujetos al artículo 101 del TFUE. Entendiendo que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE. No obstante, si bien los trabajadores autónomos realizan la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena, éstos últimos, son a efectos del artículo 101 del TFUE "empresas", dado que a cabo de una remuneración ofrecen un servicio determinado. Entendiendo que tal y como señala la NMa, las asociaciones no están actuando en condición de sindicato, sino como asociación de empresas. En razón a esta naturaleza no puede quedar fuera del apartado 1 del artículo 101 del TFUE. No obstante, este tipo de cláusulas según el TFUE si que pueden considerarse resultado del diálogo social si el tipo de prestador de servicios es en realidad un falso autónomo *es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable con la de los trabajadores*. En vista de las circunstancias económicas actuales, el tribunal señala que no siempre es fácil determinar si determinados prestadores autónomos, como es el caso, son o no empresas. De esta manera afirma el TFUE que según jurisprudencia reiterada, se puede perder la condición de empresa, cuando *no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo*. En este sentido, podemos apreciar como el tribunal, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, tiene en cuenta la ajenidad y dependencia del trabajador para considerarlo como autónomo o no. La sentencia también hace mención a que una de las características principales de la relación laboral

es que una persona realiza unas tareas durante un cierto tiempo bajo el control y dirección de otra a cambio de una retribución.³⁰ Se puede entender por tanto que si la relación es ficticia, se puede entender que si hay un cierto objeto social. Dicha valoración, no obstante le toca al tribunal remitente, el Gerechtshof te 's-Gravenhage. Como bien podemos apreciar, el TJUE no entra a valorar caso por caso si la relación se tilda de laboral o no, sino que lo deja a la interpretación del juez nacional, el cual no deja de ser un juez europeo, que conoce mejor las problemáticas y necesidades del Estado miembro.

De las definiciones que hemos dado a lo largo del trabajo sobre el falso autónomo, el concepto del mismo en Italia no difiere mucho de la situación de España, pues no deja de ser un fraude de ley. el falso autónomo es conocido como la *falsa partita IVA*, esto es, los trabajadores estarán obligados a abrir una partita IVA, el cual es un requisito imprescindible para configurarse como tal, y trabajarán para una empresa con los requisitos fiscales de un trabajador autónomo, pero en realidad realizarán las funciones de un trabajador subordinado que trabaja para un sólo empleador.³¹

Asimismo, el Tribunal Superior del Condado de los Ángeles en su decisión del 30 de Abril del 2018 en el caso Dynamex Operations West, para diferenciar si una relación contractual era dependiente o autónoma llegó a la conclusión que se presume que la relación es laboral salvo que se acrediten los siguientes extremos: 1º) Que el trabajado esté libre del control y de la dirección de la entidad contratante en relación con el desempeño del trabajo; 2º) Que el trabajador realiza un trabajo que está fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante; 3º) Que el trabajador está habitualmente involucrado en un comercio, ocupación o negocio establecido independientemente, de la naturaleza del trabajo realizado.³²

³⁰ Sentencia del TJUE de 21 de Febrero de 2013 C-46/12: *La característica esencial de la relación laboral estriba en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.*

³¹ RUEDA, A. (2016). El trabajo Autónomo: un análisis comparado de Italia y España. *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. (2), 2-24. doi: ISSN 2282-2313

³² LESSAK, S. (2018). *California adopts stricter test for independent contractor status*. Recuperado de: <https://www.pepperlaw.com/publications/california-adopts-stricter-test-for-independent-contractor-status-2018-05-09/>

Para dar por finalizado el presente apartado también haremos mención a la recomendación 198/2006 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT en adelante). El apartado II recomienda la determinación de la existencia de una relación de trabajo de sus apartados 9 a 18. A pesar de ser *soft law*, pueden ayudar a definir cuando se da la existencia real de una relación laboral. En este apartado se establece que la existencia de una relación laboral debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador. Desde la OIT, se tiene una visión muy amplia sobre lo que es la relación de trabajo, ya que en ella prima la decisión de que se admita en los estados una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo. Asimismo, recomienda a los miembros que consideren la posibilidad de definir en su legislación, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. España, en este sentido define cuales son los indicios de la relación contractual, en el artículo 1.1 del ET. No obstante, la jurisprudencia se ha visto obligada a precisar dichos términos debido la abstracción de los mismos y los cambios en la forma de trabajar actual.

CONCLUSIONES

La primera de las conclusiones a la que llegamos una vez finalizado el presente, es que para reducir los fallos autónomos se deben reducir las cuantías de dependencia con el cliente, es decir que las mismas fuesen inferiores al 75%, con el fin de que no se confunda cuando se es TRADE o cuando se es asalariado. De esta manera quedarían más a la vista cuando hay o no fraude de ley.

Desde la crisis vivida en 2008 es una figura de utilización ascendente. Ello se debe a que determinados empresarios hacen medio de la misma como instrumento para reducir el gasto. Es por eso que a su vez llegamos a la conclusión de que las sanciones no son suficientes, debiéndose endurecer las mismas para evitar el fraude. Se trata de una figura que nace derivada de la necesidad económica, ello implica que sea poco denunciada, que normalmente es descubierta por actuaciones de la Inspección de Trabajo y no por la actuación de una de las partes que suscribe el contrato.

Asimismo, podemos concluir que el falso autónomo es una figura transitoria hasta que no se declara lo contrario. Que sea transitoria no quiere decir que pueda alargarse en el tiempo prolongadamente, ya que ésta puede no ser descubierta nunca.

La casuística es muy variada y en cada caso deberá valorarse si existe o no relación laboral. Además, los criterios básicos asentados por la jurisprudencia deben ser adaptados en relación a las TIC, debiéndose ser aún más preciso en cada valoración; el prototipo de trabajador autónomo y trabajador por cuenta ajena ha cambiado. Asimismo, en base a toda la jurisprudencia mencionada podemos concluir que la obligación del derecho a preavisar es una figura característica del trabajo asalariado; que la novación en la denominación del contrato no varía la naturaleza del mismo; que el salario es típico de las relaciones laborales con independencia de la forma y la denominación que tenga; que la cobertura de la baja de una trabajadora autónoma no sirve para negar la relación de laboralidad que existe entre las partes. Por último decir que dependencia y subordinación en la actualidad no dependen tanto de los medios que aporte el trabajador, sino que por el contrario dependen de la valoración que se haga de

los mismos para determinar si son o nos imprescindibles para la realización de la actividad.

Finalmente nos gustaría hacer referencia a que el ordenamiento jurídico siempre va por detrás de la realidad actual. De ahí que sea necesaria la autoregulación en el sector privado. Se debe exigir normativa de calidad en base a los trabajadores que integran una empresa, debiendo quedar fuera del mercado la empresa que no cumple con éstos requisitos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ, A. CERVILLA, M. CRUZ, J. GARCIA, J. GURIERREZ-SOLAR, B. LAHERA, J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. RODRIGUEZ-RAMOS, P. SAEZ, C. SORIANO, D. VALDÉS, A., y VALDÉS, F. (2008). *El estatuto del trabajo autónomo*. Madrid: La Ley. p. 66.
- ALVAREZ, H. (2018). La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “Deliveroo”. Comentario a la SJS núm. 6 Valencia, de 1 de Junio de 2018. *IUSLabor*. (2/2018), 280-293. Doi: 10.31009/IUSLabor.2018.i02.11
- ALZAGA, I., BARRIOS, G., CAVAS, F., FERNANDEZ, F., GIL, J., GODINO, M., HIERRO, F., MARTIN, J., RODRIGUEZ, G., SAGARDOY, J., SAGARDOY DE SIMON, I., y SEMPERE, A. (2010). *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. p. 18.
- BALLESTER, I. (2016). *Trabajo y protección social del autónomo: Un estudio sobre su precariedad*. Barcelona: Atelier. p. 88.
- BARRIOS, G. APILLUELO, M. (2007). *Introducción al estatuto del trabajo autónomo*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. p. 38.
- CAVAS, F. (2004). Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (14/2004), 1-19. doi: 2004\1694
- HERNÁNDEZ-LISSEN, J. (2004). Autónomos, semiautónomos y falsos autónomos. *La Toga Digital*, (148). Recuperado de:<https://www.revistalatoga.es/autonomos-semiautonomos-y-falsos-autonomos/>
- GRAU, C. (2018). La economía digital o de plataformas (“platform economy”) como oportunidad de crear empleo autónomo ¿poco? *Revista Española del Derecho del trabajo*. (213). Recuperado de: [https://insignis-aranzadidigital.es.ar.europa.cat/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a00001714525c224626a5fb&marginal=BIB\2018\13396&docguid=Ica841000d1ad11e8bc98010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&prefix=RelationshipsType=documentReview&global&list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayNa me=](https://insignis-aranzadidigital.es.ar.europa.cat/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a00001714525c224626a5fb&marginal=BIB\2018\13396&docguid=Ica841000d1ad11e8bc98010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&prefix=RelationshipsType=documentReview&global&list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName=)
- LESSAK, S. (2018). *California adopts stricter test for independent contractor status*. Recuperado de: <https://www.pepperlaw.com/publications/california-adopts-stricter-test-for-independent-contractor-status-2018-05-09/>
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2018). *Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020*.
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (2018). *Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020: Resumen Ejecutivo y primeros resultados*. Recuperado de: http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Documentos/ORGANISMO_ESTATAL/Doc_Organismo/Plan_Resumen_ejec_result.pdf
- PALOMEQUE, M. (2000). El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo: *Relaciones laborales*, 2000 (I), p. 429 a 443.

RODRIGUEZ, N. (2016). El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección. *Revista Aranzadi Doctrinal* (7/2016), 1-23. doi: 2016\3275.

RUEDA, A. (2016). El trabajo Autónomo: un análisis comparado de Italia y España. *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. (2), 2-24. doi: ISSN 2282-2313