

EL TRABAJO AUTÓNOMO ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA DIGITAL*

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo

EXTRACTO

Palabras clave: trabajo autónomo; descentralización; economía digital; vulnerabilidad; derechos fundamentales

En las actuales fórmulas de organización empresarial, caracterizadas por la fragmentación y externalización de sus procesos productivos, no resulta extraño identificar a trabajadores autónomos integrados de forma auxiliar en sus estructuras descentralizadas, realidad que además ha crecido en los últimos años y cuya extensión y diversificación, dado el avance de las tecnologías, en particular, con la digitalización, parece no tener fin. Este escenario obliga a reflexionar sobre el presente modelo de relaciones laborales articulado en torno a la distinción binaria entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente. Tras describir la referida realidad empresarial y la de los profesionales autónomos prestadores de servicios, en el presente trabajo se plantean una serie de propuestas en orden a conformar un régimen de tutela jurídico-laboral capaz de reconocer a dichos profesionales ciertos derechos laborales, pero, sobre todo, para facilitar la identificación de los que no siendo verdaderos autónomos figuren como tal, y con ello permitirles el ejercicio de sus derechos como auténticos trabajadores por cuenta ajena.

ABSTRACT

Key words: self-employment; outsourcing; digital economy
vulnerability; fundamental rights

Within the current business organisation formulae, characterised by the outsourcing and fragmentation of the production processes, we can usually identify freelance workers who are ancillary integrated into these decentralised structures. In fact, this reality has escalated in the last few years and its reach and diversification, due to the advancement of technologies and, in particular, due to digitalisation, seems to be limitless. This situation leads us to reflect upon the present model of working relations, which is based on the binary distinction between dependent employment and independent employment. After describing the business reality as well as the situation of self-employed service providers, this paper sets forth a series of proposals for the making up of a legal and labour relation able to recognise certain labour rights to such professionals but, above all, it is aimed at facilitating the identification of those who are recorded as freelancers even though they are not self-employed, and therefore grant them the possibility to enjoy their rights as genuine hired workers.

*Este trabajo tiene su origen en la ponencia defendida en el Seminario Internacional “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” organizado en el marco del Proyecto de investigación DER2017-83488-C4-I-R y celebrado los días 4 y 5 de febrero de 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

ÍNDICE

1. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y DIGITALIZADO. ALGUNAS REFLEXIONES
2. DEL “EMPRESARIO SUBORDINADO” AL “EMPRESARIO DIFUSO”: UN REPASO POR LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL
3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CATALOGACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS NUEVOS AUTÓNOMOS
4. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

1. EL TRABAJO AUTÓNOMO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y DIGITALIZADO. ALGUNAS REFLEXIONES

Cualquier reflexión que quiera plantearse bajo el título del presente trabajo, exige traer a colación, con carácter previo, algunos de los rasgos que identifican el trabajo autónomo en nuestro país en la actualidad. Y la cuestión no es baladí, pues más allá de pretender la adecuada contextualización de los términos del debate, su delimitación evoca la propia “esencia conceptual” del Derecho del Trabajo y de los “argumentos que lo fundamentan”¹, pues, como es sabido, la identificación del trabajo autónomo conforma la frontera natural a partir de la cual los servicios se considerarán prestados por cuenta ajena y, por lo tanto, constitutivos de una relación laboral. Como muestra representativa de esta afirmación, repárese en el contenido del art. 1.1 LETA y su reverso, el 1.1 ET². Es más, por si pudiera quedar alguna duda, la disposición adicional primera del ET declara expresamente la no aplicación de sus disposiciones al trabajo realizado por cuenta propia, “excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente lo contrario”. De hecho, más que formalizar una exclusión, ya implícita en la significación negativa del trabajo por cuenta ajena del art. 1.1 ET, tal declaración parece querer trazar una separación entre ambas figuras, la del autónomo y la del dependiente, en particular, frente a ciertos “fenómenos de acercamiento o más directamente de ocupación de espacios que son propios del trabajo autónomo, con la pretensión de eludir los parámetros que determinan la existencia de una relación laboral”³.

¹ Cfr. Prados De Reyes, F.J., “El trabajo autónomo en el marco de las reformas laborales”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas* (dir. Gómez Muñoz, J.M.), Bomarzo (Albacete, 2019), p. 9.

² Así lo ha puesto de manifiesto Cruz Villalón, J., para quien el Estatuto del Trabajo Autónomo procede a una definición del mismo “que parece que no es sino el reverso de los requisitos tradicionalmente contemplados en el Estatuto de los Trabajadores”, cfr. *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, Revista de Derecho Social, núm. 83, 2018, p. 19.

³ Cfr. Prados De Reyes, F.J., “El trabajo autónomo en el marco de las reformas laborales”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, *op. cit.*, p. 10.

Haciendo total abstracción de la realidad concurrente, las notas del art. 1.1 LETA que definen el trabajo autónomo o por cuenta propia⁴ llevan a pensar en un profesional con capacidad para elegir dónde trabajar, para quién y a qué precio, con libertad material para aceptar o rechazar la prestación de un determinado servicio y, por supuesto, fuera del normal ciclo productivo de su empresa principal cuando entre ambos, se entiende, se interponga algún tipo de vinculación jurídica contractual, situación harto frecuente en la actualidad bajo las nuevas formas de organización empresarial⁵. Y así debería ser, no en vano, como se ha destacado por la doctrina, la “esencia” del trabajo autónomo es su “libertad de actuación”⁶. Dicho en otros términos, “el no sometimiento a control del comitente”⁷, o, como explicita la LETA, el ejercicio de su actividad profesional “fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona”. Repárese en que esta última locución fue añadida expresamente a la definición de la figura proporcionada por su normativa específica aprobada en el año 2007 frente a la existente con anterioridad procedente del campo de la Seguridad Social, esto es, la del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Quizás el legislador de 2007 no quiso que se pasase por alto un rasgo “verdaderamente definidor”⁸ de la figura, de ahí tal previsión expresa.

Por supuesto que ciertos profesionales independientes –eso sí, los menosgozan de la libertad y capacidad anteriores en toda su plenitud, lo que los sitúa como un grupo ciertamente privilegiado en el conjunto de la población activa, incluso frente a los trabajadores dependientes. Para estos el Derecho del Trabajo carece de sentido⁹. Sin embargo, el colectivo de trabajadores por cuenta propia no es uniforme, sino que abarca situaciones muy diversas “de mayor o menor capacidad decisoria,

⁴ No obstante, mucho antes de la aprobación de la LETA, la normativa de Seguridad Social ya proporcionaba una definición de trabajador autónomo que con posterioridad fue asumida, en su mayor parte, por la disposición del año 2007. Así, el art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se crea el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, establecía –y sigue estableciendo– que se entiende por trabajador por cuenta propia o autónomo “aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas”. Tras la reforma de dicho precepto por el RD 2504/1980, de 24 de octubre, se añade la presunción *iuris tantum* de autónomo, a efectos de dicho Régimen Especial, cuando el interesado ostenta la “titularidad de un establecimiento abierto al público” en cualquier condición, esto es, como propietario, arrendatario, usufructuario o cualquier otro análogo.

⁵ Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía*, Revista de Derecho Social, núm. 86, 2019, p. 64 y bibliografía allí citada.

⁶ Cfr. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley (Madrid, 2010), p. 376.

⁷ Cfr. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 376.

⁸ Cfr. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 376

⁹ De nuevo, Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 378.

mayor o menor fortaleza en el mercado y mayor o menor seguridad”¹⁰. En el plano conceptual, tal diversidad ha propiciado que doctrinalmente el trabajo autónomo sea calificado como un “macro-concepto”¹¹. En el plano de las realidades, la referida diversidad y un escenario económico, político, tecnológico y social propicio para ello ha sentado las bases para un potencial crecimiento significativo del colectivo, aunque los resultados no se hayan visto reflejados tanto en términos cuantitativos, como en términos cualitativos. Es decir, dentro del colectivo, han emergido con especial fuerza ciertos segmentos que se alejan bastante de la idea tradicional de grupo privilegiado de profesionales independientes. Son estos segmentos ciertamente desfavorecidos y su problemática en particular los que, frente al grupo privilegiado, van a ser objeto de estudio en este trabajo, y ello porque su aparición, pero también su proliferación, ha sido el resultado de un conjunto de factores organizativos y tecnológicos a los que asimismo se hará referencia. Sin perjuicio de lo que se expondrá a lo largo de estas páginas como algunas de las razones que favorecen, al menos teóricamente, el desempeño de un trabajo autónomo, en particular, en lo que atañe a las nuevas fórmulas de organización empresarial en el contexto de la economía digital, hay que tener igualmente muy presente cierta línea de pensamiento que lo identifica como alternativa efectiva de empleo frente a la crisis del trabajo por cuenta ajena, doctrina auspiciada por las políticas de corte liberal de fomento del emprendimiento puestas en marcha en los últimos años, que, naturalmente, ocultan, las vulnerabilidades de una parte importante del colectivo a la vez que destacan sus falsas ventajas, en particular, la supuesta capacidad de decidir y su falsa libertad¹².

En términos cuantitativos y pese a todas las posibilidades teóricas que ofrece la figura, la realidad presenta un colectivo estable, lo cual, si se atiende a todas las loas del gobierno anterior sobre las virtudes del emprendimiento y a todas las medidas legislativas de apoyo al trabajo autónomo¹³, puede resultar, cuando menos, sorprendente. De hecho, el número de autónomos afiliados a la Seguridad

¹⁰Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse*, Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 128. Sobre la heterogeneidad del colectivo, lo que incluso puede tener su proyección sobre sus preferencias políticas, Jansen, G., *Farewell to the rightist self-employed? New self-employment' and political alignments*, Socio-Economic Review, núm. 1, 2017, pp. 306 ss.

¹¹Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse...*, *op. cit.*, p. 128.

¹²Especialmente crítico con las políticas de fomento del trabajo autónomo y del emprendimiento, véase Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹³Como se ha llegado de afirmar de forma muy gráfica, “las políticas de fomento del emprendimiento puestas en marcha en los últimos años, han hecho del trabajo autónomo el nuevo santo grial para la creación de empleo y la lucha contra el desempleo”, cfr. Vicente Palacio, A., “Cambios en el acceso al empleo a resultas de la transformación de la organización productiva

Social en el mes de diciembre de 2020 es prácticamente el mismo que en las series de las anualidades precedentes. Y la muestra analizada se remonta hasta 2008, año de inicio de la crisis económica, en el que, incluso, su número era algo superior al actual. Así, en diciembre de 2008 había 3.415.773 personas físicas inscritas en los diferentes regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social, siendo el RETA el más numeroso de ellos, mientras que, en diciembre de 2020, su número es de 3.269.541. Tomando como referencia esta última fecha, no está de más indicar aquí que el total de personas trabajadoras por cuenta ajena inscritas en la Seguridad Social es de 15.621.494, mientras que, en el año 2008, era 14.889.840¹⁴. Es decir, la variación del número de autónomos y su relación con el conjunto de la población trabajadora mantiene cierta estabilidad, incluso con tendencia a la baja. En concreto, al inicio de la crisis financiera de 2008, los autónomos representaban el 22,94 por 100 de la población trabajadora. En la actualidad, con los datos de 2020, representan el 20,93 por 100. Con todo, estas cifras no se pueden interpretar de forma aislada, ya que el empleo por cuenta propia es “anticíclico y tiende a incrementarse en épocas en que se pierde empleo por cuenta ajena”¹⁵. En cualquier caso, lo que sí resulta incuestionable es que muy pocos tienen asalariados a su cargo. En concreto, en diciembre de 2020, solo el 20,1 por 100 los tienen. Desde luego, si se atiende a la esencia conceptual del trabajo autónomo –la libertad de actuación–, el dato resulta llamativo, o cuando menos ciertamente sospechoso.

En definitiva, más allá de los resultados que reflejan las cifras y de sus eventuales oscilaciones a través del tiempo, lo decisivo para que una actividad económica o profesional no pierda su carácter de autónoma es que se mantenga fuera del ámbito de organización y dirección de otra persona. Si se respeta esta premisa, todas las opciones de trabajo por cuenta propia –ya se trate de las más tradicionales o ya sea una de las más actuales derivadas de los avances de la digitalización y de las nuevas formas de organización empresarial– serán legítimas. El riesgo es que cuanto más amplia sea la entrada y consolidación de nuevos profesionales independientes más posibilidades tiene de desmoronarse el concepto siendo cada vez más oscuras las zonas grises que quedan entre el trabajo dependiente y el independiente. Por otra parte, tampoco hay que olvidar la catalogación legal como autónomos de ciertas situaciones sobre las que si se reflexiona se llega a la conclusión de que no siempre lo son, como sucede con los transportistas, los agentes y los TRADES. Y qué decir de la figura del falso autónomo que en la situación actual y teniendo en cuenta el escenario económico y social que lo rodea, despunta cada vez con más fuerza.

empresarial”, en AA.VV., *Nuevas formas de acceso al empleo* (Coord. Ruano Albertos, S.), Atelier (Barcelona, 20196), p. 74.

¹⁴Todas las cifras han sido obtenidas de los datos estadísticos de la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social: <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/index.htm>

¹⁵Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse...*, op. cit., p. 128.

Como no podía ser de otra manera, la doctrina laboralista se ha hecho eco de la problemática anterior y el número de estudios publicados al respecto es ingente. En un primer repaso, parece que todos los aspectos relevantes del trabajo autónomo han sido tratados: su contextualización frente a la crisis del trabajo por cuenta ajena y en consecuencia su catalogación como nueva fuente de empleo; las políticas públicas de impulso del autoempleo y del emprendimiento; su tratamiento en un escenario de globalización, cambiantes modelos de organización empresarial y digitalización; el eventual reconocimiento de un catálogo de derechos y protecciones mínimas que equilibre la natural desprotección de sus segmentos más débiles; y, por supuesto, el tema estrella en toda esta materia, su deslinde y delimitación con el trabajo subordinado sometido a la legislación laboral. Este último debate no ha concluido, y no parece fácilmente resoluble de manera definitiva, pues constantemente emergen nuevas realidades que con mayor o menor intensidad lo reabren¹⁶. Sin duda, la etapa presente es uno de esos momentos en los que el debate ha resurgido con especial intensidad. Desde el punto de vista de la práctica empresarial, la razón justificativa es tan obvia que huelga cualquier explicación. Se trata de los cambios tecnológicos y la digitalización de la economía que han provocado “cierta superación de los datos fácticos que tradicionalmente se consideraban como identificativos de los requisitos legales más típicos determinantes de la subordinación”¹⁷. Por algo se advierte del carácter disruptivo de la economía digital en las relaciones laborales¹⁸. Sin embargo, en este contexto, hay que tener también muy presentes las modificaciones tan relevantes que se han venido produciendo con el paso del tiempo en el modelo organizativo de las empresas y que ha evolucionado desde el tradicional patrón fordista, integrante de todas las fases del proceso productivo, a una empresa cada vez más descentralizada a través, especialmente, del instrumento de la subcontratación. Pero la subcontratación empresarial de obras y servicios no es el único recurso de descentralización productiva existente, sino que a su lado han ido emergiendo un conglomerado heterogéneo de relaciones jurídicas –técnicas, contratos, vinculaciones- de muy diversa naturaleza –mercantil, civil, administrativo- y de carácter público o privado que permiten a las empresas la gestión de su actividad de forma indirecta, lo que afectará también a su personal¹⁹. Precisamente, tal heterogeneidad no admite la consideración de todas ellas como

¹⁶Ideas extraídas de Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado...*, op. cit., p. 14.

¹⁷Cfr. Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado...*, op. cit., p. 15.

¹⁸Como ejemplos de esta realidad, Gómez Muñoz, J.M. alude a la aparición de “empresas digitales, plataformas en red y todo tipo de formas de empresas nacidas al calor del capitalismo digital”, cfr. “Realidades y perspectivas del trabajo autónomo en España tras la crisis. Redireccionamiento del empleo al autoempleo y precarización de las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, op. cit., p. 25.

¹⁹La idea de la gestión indirecta de la actividad empresarial, lo que se hace extensivo a la mano de obra, en Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, en

técnicas propias de descentralización, entre otras razones, porque no en todas, la empresa “principal” mantiene el control directo sobre el núcleo duro de la actividad productiva²⁰. Tampoco el de externalización es adecuado, por impreciso. Desde luego, encontrar un concepto que pudiera aglutinar a todas ellas se presenta como una tarea ciertamente compleja y difícil, pues la diversidad es tal que no siempre es fácil encontrar elementos comunes, a salvo uno en particular. A saber, su tendencia –de forma consciente o inconsciente- a dificultar la identificación del empresario o empresarios implicados. Es cierto que más allá de su legalidad, que no ha sido puesta en entredicho, se está incidiendo aquí, principalmente, en su componente patológico, pero es que tal elemento –la figura del empresario- es decisivo para el Derecho del Trabajo y por lo tanto para visualizar indicios de laboralidad. Sobre esta idea se volverá a lo largo de este trabajo²¹.

A pesar del intenso debate sobre la cuestión de los límites, de las nuevas formas de empleo derivadas de la digitalización y de los cambios en los modelos organizativos de las empresas, el legislador laboral ha permanecido estático, por lo menos en lo que se refiere al concepto de trabajador asalariado en cuanto “centro de imputación”²² del ordenamiento laboral y del Derecho del Trabajo. Como es sabido, desde hace algo más de 40 años, las notas que caracterizan el trabajo subordinado y, por lo tanto, definen a la persona que lo presta son las cuatro siguientes: voluntariedad, retribución, ajenidad y subordinación o dependencia. Así lo indica el art. 1.1 ET cuando de un “modo pleonástico”²³ determina el ámbito de aplicación de la disposición legal, y además lo hace de forma idéntica a como lo había hecho en su primera versión del año 1980, habiendo sido, sin embargo, numerosísimas las reformas y contrarreformas operadas en el articulado de la referida norma desde entonces: “esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada

AA.VV., *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial* (dirs. Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S.), Comares (Granada, 2018), p. 1.

²⁰Para Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S., tradicionalmente, la “descentralización productiva se manifiesta en aquellos procesos por los que se externalizan algunas actividades no permanentes o complementarias respecto de lo que constituye del objeto central de la producción o del servicio presentado –tales como tareas de vigilancia de seguridad, limpieza y mantenimiento de las instalaciones, etc.–, pero donde la empresa tiende a mantener el control directo sobre el núcleo duro de la actividad productiva”, cfr. “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, en AA.VV., *La externalización productiva...op. cit.*, p. 5.

²¹Sobre el empleador difuso y citando a Desdando Bonete, A., hace ya varios años, Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., p. 275.

²²Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Tecnos (Madrid, 2017), p. 175.

²³En terminología de Gárate Castro, J., *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, 5ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2011), p. 17.

empleador o empresario”. Quizás la abstracción de sus dos notas fundamentales, la ajenidad y la dependencia, ha sido determinante para tal posicionamiento, pues al tiempo que dotan al concepto de cierta complejidad posibilitan su adaptación a las circunstancias concurrentes en cada momento para lo cual el auxilio judicial es especialmente necesario, aunque no exclusivo. Por otra parte, tampoco la calificada como presunción de laboralidad del art. 8.1 ET ha experimentado modificación alguna en su contenido desde su primigenia redacción: el contrato de trabajo se presumirá existente entre “todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”²⁴. La convicción del legislador, por lo menos en términos de *lege data*, sobre los límites entre el trabajo subordinado y el autónomo quedó patente en el año 2007, cuando, como ya se advirtió al principio de este epígrafe, el segundo fue definido como reverso del primero, es decir, de los requisitos tradicionalmente contemplados para el trabajo subordinado en el ET. En concreto, dispone el art. 1.1 LETA 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”.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias y realidades, incluido el posicionamiento del legislador, parece que el debate doctrinal sobre la calificación jurídica de una u otra forma de prestación de servicios debe sobrepasar el ámbito de los *riders* y de las plataformas digitales para alcanzar de lleno un escenario algo más complejo y que atiende a las distintas y variadas fórmulas de organización empresarial que se han ido desarrollando desde la superación del modelo de empresa fordista y que tienen en común la fragmentación y la desintegración vertical de sus estructuras. Estos nuevos modelos empresariales, normalmente acompañados del progreso de las tecnologías de la información y la comunicación en un contexto digital²⁵, y por supuesto el auge del sector servicios están provocando muchas consecuencias en la forma de producir y comercializar bienes y servicios, y, en lo que al Derecho del Trabajo le interesa en particular, en la delimitación entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. La difusión de los contornos de la figura del empresario-empleador, lo que irremediamente dificulta la identificación del trabajador, es solo el principio. Los nuevos paradigmas de organización empresarial conceden a los empresarios tal margen de actuación que van a poder elegir entre gestionar su organización y producción con medios personales y técnicos propios o

²⁴Sobre la presunción de laboralidad, y aunque se volverá sobre ello con posterioridad, véanse las interesantes reflexiones de Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado...*, pp. 23-24.

²⁵Como ha señalado Cruz Villalón, J., nos referimos a los “los cambios organizativos y técnicos como factores acumulados, que se retroalimentan y producen efectos sinérgicos de incremento de los problemas de frontera”, cfr. *El concepto de trabajador subordinado...*, *op. cit.*, p. 15.

con medios externos a través de las distintas fórmulas de colaboración que permite la legalidad vigente y que son muchas y muy variadas. Expresado en términos de laboralidad, se trata, en definitiva, de organizar su trabajo en condiciones de subordinación o dependencia o hacerlo en términos de autonomía o independencia. Desde luego, la abstracción de los rasgos principales que distinguen el trabajo dependiente del trabajo autónomo –ajenidad y dependencia- y las capacidades empresariales para adaptar, en un escenario complejo y digital, los elementos fácticos de partida, facilitan la operación anterior y su catalogación, a primera vista, ya se opte por una o por otra alternativa, como legítima y respetuosa con las exigencias legales. Ahora bien, siendo el trabajo autónomo el que conlleva menores costes y menores riesgos por su independencia, es obvio que la tendencia dominante va a ser a la externalización mediante el trabajo por cuenta propia. Es más, bajo estas premisas, no son pocas las voces que proclaman la importancia y la necesidad de los profesionales autónomos en un modelo productivo dinámico, flexible, especializado y con fórmulas de trabajo a demanda. Sin embargo, lo que pudiera parecer una decisión empresarial inocua y necesaria en un contexto de externalización de la producción, conlleva el importante riesgo de alterar la línea que delimita el trabajo subordinado del autónomo desnaturalizando la esencia de las respectivas figuras hasta llegar a la suplantación de la una por la otra lo que se percibe con la presencia de los falsos autónomos. Desde luego, más allá de la difusión de los contornos del empresario, a la postre el inexistente empleador del falso autónomo, la complejidad de las organizaciones empresariales facilita que todo esto suceda pues dificulta considerablemente la identificación de los mecanismos de control implícitos en sus vinculaciones contractuales.

2. DEL EMPRESARIO SUBORDINADO AL EMPRESARIO DIFUSO: UN REPASO POR LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Para llegar a comprender la gestación de las actuales formas de organización empresarial resulta ilustrativo recordar aquí una realidad incontestable aparecida y desarrollada durante la primera mitad del siglo XX y admitida por todos con cierta naturalidad. A saber, el pequeño empresario unipersonal sometido en su actuación a los dictados de otro, de ordinario su único cliente, incluso, en no pocas ocasiones, su único proveedor²⁶. Como ejemplo paradigmático de esta realidad puede mencionarse el pequeño agricultor o ganadero –pequeño empresario del sector primario- que vende su producción a una mercantil de cierta entidad, la mayoría de las veces, por no decir siempre, obligado por el entorno, pues es la referida gran empresa la que se ha implantado en su círculo de potenciales clientes produciendo

²⁶Esta idea y algunos de los ejemplos que se citan con posterioridad, en Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 117 ss.

un auténtico efecto de absorción como contraprestación por el aseguramiento de unos ingresos mínimos. La situación descrita también tuvo su plasmación en el sector industrial alcanzando, no solo, a pequeños emprendedores unipersonales, sino además y, sobre todo, a entidades societarias de pequeñas dimensiones. Así aconteció, en particular, con la industria de la construcción de obras y naval, pero también, con la industria automovilística. No obstante, en el sector industrial las razones de la sumisión antedicha no radican tanto en cuestiones de mercado, como en la necesidad de especialización y abaratamiento de los costes de producción. En cualquier caso, al margen de las razones que llevaron a la aparición de las referidas situaciones, la figura del empresario afectado fue calificado con el oxímoron de “empresario subordinado” y nada menos que reconocido como el antecedente del “empresario difuso”²⁷ al que se ha hecho mención en el epígrafe anterior y que será determinante para poder reconocer a los que a día de hoy se califican como falsos autónomos.

Con la llegada de la globalización en la década de los 60 en la que incidieron positivamente la aparición y desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y la apertura mundial de los mercados en virtud del clima político predominante, el proceso anterior se intensificó al tiempo que se diversificó. La quiebra de la gran empresa, integradora de todo el proceso productivo, abrió paso a la fragmentación y descentralización de la producción en busca, fundamentalmente, de la especialización y reducción de costes que le permitiese competir a nivel mundial. Aparecen así las primeras manifestaciones de los grupos de empresas, tanto societarios como de empresarios físicos, de dimensión nacional, pero también, de dimensión internacional. La propia esencia de la constitución de un grupo empresarial, la dirección económica unitaria, aun cuando las relaciones entre las entidades integrantes sean de coordinación, hace presagiar cierta dependencia funcional de unas frente a las otras, pues su finalidad productiva y económica compartida necesita de una planificación común de recursos y de una política empresarial conjunta. Con todo, es evidente que tal dependencia va a ser de mayor intensidad cuando las empresas integrantes del grupo se encuentren vinculadas por una relación jerárquica en la que una sociedad matriz participa del capital de las sociedades filiales o dominadas, llegando en este caso a hablarse de dominación²⁸.

²⁷El calificativo de “empresario subordinado” y su consideración como el antecedente del “empresario difuso”, también en Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 117. Sobre la difusión de los contornos del empresario como efecto de las nuevas formas de organización empresarial, ya se había pronunciado, algunos años antes, entre otros, Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, MTAS (Madrid, 2000), pp. 19 ss.

²⁸Todas estas notas sobre los grupos de empresas, en Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pp. 244-245.

Frente a la colaboración estable y permanente anterior y con cierto nivel de coordinación, en otras ocasiones se buscan otras fórmulas más coyunturales, más interesadas, más desiguales, que inciden en la referida dependencia de un empresario frente a otro, del auxiliar frente al principal, en cuanto resulte útil a sus propósitos. El ejemplo por antonomasia que se ha de referir aquí es la subcontratación, tan habitual en la construcción, pero no solo, pues en la actualidad se ha extendido, prácticamente, a todos los sectores y actividades²⁹. De hecho, tras superar una primera etapa en la que acudía a ella, fundamentalmente, para llevar a cabo los servicios de organización de las empresas –limpieza, vigilancia y mantenimiento-, en la actualidad emerge como expresión más moderna del fenómeno de división y de especialización del trabajo. En todo caso, aunque de modo externalizado, con la subcontratación la empresa principal sigue manteniendo el control del conjunto de su proceso productivo³⁰, y esta es una de sus notas esenciales, pues las unidades descentralizadas se limitan a aportar y a cumplir las funciones que le han sido asignadas y, en cierto sentido, al modo en que le van a ser exigidas por aquel empresario principal.

Como es sabido, el negocio jurídico de base de las contrata y subcontratas es el contrato de arrendamiento de obras o servicios regulado en el art. 1588 CC. Pero también es conocido que su asociación en exclusiva con el contrato de ejecución de obra implica una limitación de la realidad laboral regulada por el art. 42 ET. De hecho, desde hace ya más de dos décadas, es jurisprudencia consolidada de la Sala 4ª del TS la extensión del régimen del art. 42 ET a las contrataciones administrativas³¹. En un momento posterior, la propuesta doctrinal, admitida a día de hoy, ha sido la reconducción general al fenómeno de las contrata de muchos otros tipos de relaciones jurídicas contractuales de colaboración interempresarial como son los contratos mercantiles de franquicia, concesión y distribución, entre

²⁹Como señala Goldin, A., comparando los grupos empresariales y la subcontratación, en los primeros, las “distintas unidades se especializan y concentran en las funciones que constituyen el núcleo de su actividad que es el que lleva a cabo de modo más eficiente y a costos menores”; en la subcontratación, “las demás funciones se expulsan al exterior, para lo que la empresa principal se vincula con las unidades empresariales que han de proveerlas en un nuevo esquema organizativo caracterizado por relaciones de cooperación, coordinación o incluso dependencia”, cfr. “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 25.

³⁰Muy persistente con el mantenimiento del control por parte del empresario principal, Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 25.

³¹De aquella época son las siguientes sentencias del TS: 15 de julio de 1996 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1089/1996), 18 de marzo de 1997 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3090/1996) y 29 de octubre de 1998 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1213/1998). Sobre la aplicación del art. 42 ET a las contrata y subcontratas en el ámbito de la Administración Pública, véase Sáez Lara, C., *Garantías y responsabilidades en materia salarial*, Temas Laborales, núm. 135, 2016, pp. 345 ss.

otros muchos³². La justificación no es otra que el poder de disposición que la empresa principal ostenta sobre las auxiliares, lo que determinaría la aplicación del régimen de obligaciones y responsabilidades laborales del art. 42 ET³³. Además, el fenómeno se presenta imparable, pues la renovación constante a través de lo que ha dado en llamarse “tecnología contractual”³⁴ facilita su extensión mediante un inagotable conjunto de fórmulas jurídicas de lo más variopinto –algunas antiguas, otras modificadas y algunas más nuevas– que con la idea de proporcionar una mayor ventaja competitiva a las empresas en los mercados va a conseguir cierta desnaturalización de sus obligaciones como contraparte de la relación laboral, y, como no, de sus responsabilidades por incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social, aunque tal efecto no haya sido buscado, por lo menos en sus inicios, de forma intencionada.

Por otra parte, en el escenario virtual que se sitúa como trasfondo de toda esta realidad, hay que mencionar, también, el trabajo a distancia y, en particular, el teletrabajo, toda vez que las circunstancias que lo identifican, entre otras, la virtualización, la autoorganización y la flexibilidad, todas ellas recientemente ordenadas en una disposición normativa, el Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, conforman un contexto favorable a su desempeño formal por cuenta propia³⁵, aunque la realidad material esconda una actividad ejercida bajo el poder de dirección y organización de una empresa, eso sí, de manera remota y virtual³⁶.

En el plano transnacional, el fenómeno de la descentralización productiva encuentra su máximo exponente en las cadenas mundiales de suministro en

³²Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, *op. cit.*, p. 26.

³³Esta idea, citando a Goerlich Peset, en Mercader Uguina, J.R., “Marco jurídico de los trabajadores en la empresa principal y empresas subcontratistas”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, *op. cit.*, p. 207. Con anterioridad, Ojeda Avilés, A., había insistido en la misma idea cuando distinguía la “externalización más elegante” que “desembocada en la formación de los grupos de empresas” y otra consistente en una “coordinación coyuntural”, incluso “instrumental”, representada por la subcontratación, y, en un momento posterior, por la franquicia, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

³⁴Cfr. Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, *op. cit.*, p. 26.

³⁵Es lo que alguna autora ha calificado como “autonomía técnica” al referirse al modo de ejecución de los servicios prestados a domicilio, cfr. Garrido Pérez, E., “El papel definidor de la subordinación y la dependencia en el redireccionamiento hacia el autoempleo”, en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, *op. cit.*, p. 128.

³⁶Así lo puso de manifiesto, hace ya varios años, Escudero Rodríguez, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo...*, *op. cit.*, pp. 784 ss. Al respecto, téngase en cuenta que la primera vez que el trabajo a domicilio, que es el inmediato precedente del trabajo a distancia, fue regulado en una disposición normativa lo había sido por la Ley de Relaciones Laborales de 1976 que lo consideraba una relación laboral de carácter

cuanto sucesión secuencial –incluso piramidal– de múltiples contrataciones para la provisión de bienes y servicios a un comprador final, usualmente una gran empresa. En estas cadenas, las dominantes suelen ser las compradoras o las proveedoras, según quien ejerza su influencia sobre las decisiones de los demás. Sin entrar en detalles, es evidente que el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones, los transportes y los servicios financieros han facilitado su expansión. Pero, sabido es también que entre las finalidades de las mencionadas cadenas se encuentra el aprovechamiento de los bajos costes salariales y menores exigencias laborales en algunos mercados nacionales, en particular, en los países en desarrollo, lo que las ha convertido en objeto de la acción internacional. Es más, si bien durante décadas esas cadenas destinaban a esas economías las tareas más intensivas en trabajo y de menor nivel tecnológico, en la actualidad también lo hacen con las actividades de mayor valor, entre ellas, el diseño, la logística, las finanzas, etc. Por otra parte, y como dato esencial para la temática objeto de estudio en este trabajo, ha de tenerse en cuenta que gran parte del empleo que se genera en los niveles más bajos de las referidas cadenas se encuentra en microempresas, así como en pequeñas y medianas empresas que representan entre el 80 y el 90 por 100 de la ocupación, y es precisamente en estas en las que se producen los mayores déficits de trabajo decente. La desresponsabilización laboral de los compradores o proveedores que se encuentran a la cabeza de la mayoría de estas cadenas viene de suyo, pues no son los empleadores de los trabajadores ocupados por las entidades que les proveen de bienes y de servicios³⁷.

En definitiva, además de las mencionadas, en cualquier otra clase de colaboración interempresarial, típica o atípica, nacional o internacional, en la que una de las entidades se vea obligada a aceptar la mayoría de las condiciones impuestas por otra, ya sea por tratarse de una empresa estratégica en el sector, ya sea por ser su único cliente, ya sea por ser su único proveedor, se puede hablar de empresario subordinado figura que evoca la realidad de muchos trabajadores autónomos y en particular de muchos TRADES y su problemática de delimitación con el trabajador dependiente. Y sobre esta delimitación sirva traer aquí a colación la idea de Ojeda Avilés sobre la ajenidad en el mercado, característica predicable

especial (art. 3) y ello por apreciarse un “debilitamiento de la nota de dependencia”. En este sentido, Pérez Agulla, S., *La tradicional marginación del trabajador autónomo por parte del Derecho del Trabajo*, Foro. Nueva Época, núm. 10, 2009, p. 136. Es más, en sus páginas, la autora se encarga de recordar la crítica vertida por Alonso Olea al respecto en cuanto que “el legislador había perdido una gran oportunidad para establecer la distinción, hoy y siempre, tan confusa y con repercusiones profundas en materia de Seguridad Social, de cuándo nos hallamos ante un trabajador autónomo y cuándo nos hallamos ante un trabajador por cuenta ajena, con presunción en favor de este último tipo de relación en cuanto aparezca la figura de un empresario como autor del encargo realizado a domicilio, especialmente si hay entrega de materiales por su parte, o trabajo según modelos, patrones o instrucciones, aunque el pago del trabajo se pretenda hacer a tanto alzado”.

³⁷Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., pp. 27-29.

exclusivamente de los trabajadores y no de los empresarios en la medida en que a ellos les compete conseguir la clientela, los usuarios, los contratos, las ventas, etc³⁸. Por lo tanto, si no lo hacen, por desempeñar su actividad como un mero instrumento al servicio de una empresa principal contratante o de cualquier otra entidad que ejerza sobre ellos un poder de dominación, no queda más que reconocer la veracidad de la idea insinuada previamente, esto es, la instrumentalización de los conceptos, en particular, de las fórmulas contractuales para fragmentar y descentralizar la producción.

En fin, sí es cierto y lícito que con la externalización se busca la especialización que requieren los mercados y las exigencias de la demanda. También es cierto y lícito que con la misma se busca reducir costes e incrementar las ganancias. Pero lo que ya no es tan lícito, o por lo menos no debiera admitirse como tal, es que la empresa principal pretenda, como así parece que hace en ocasiones, exteriorizar costes laborales y reducir el volumen de plantilla con el consiguiente ahorro económico y eliminación de causas de conflictividad³⁹. Así las cosas, en todas estas nuevas fórmulas de organización empresarial no es extraño identificar a trabajadores autónomos integrados de forma auxiliar en sus estructuras descentralizadas, realidad que además ha crecido en las últimas décadas y cuya extensión y diversificación, dado el avance de las tecnologías, en particular, con la digitalización, parece no tener fin. Con estas reflexiones no se pretende llamar la atención sobre el legislador para que prohíba a las empresas acudir a técnicas de descentralización o externalización. No en vano, lo llevan a cabo en virtud del ejercicio de la libertad de empresa que les reconoce la CE en su art. 38. Pero sí para que adopte un régimen de tutela jurídico-laboral capaz no solo de reducir la distancia que separa a unos trabajadores de otros en función del puesto que ocupe su empresa empleadora en la red empresarial en la que se integran, sino también para identificar a los que no siendo verdaderos autónomos figuren como tal para reconocerles la condición de trabajadores y, en consecuencia, el ejercicio de sus derechos como tales trabajadores por cuenta ajena, incluso, si fuera necesario a través de presunciones, como precisamente acaba de aprobarse en el último Acuerdo Social de 10 de marzo de 2021 para los repartidores de las plataformas de reparto⁴⁰.

Desde otra perspectiva, también hay que tener en cuenta que el conglomerado de fórmulas instrumentalizadas de colaboración entre empresas no solo conlleva

³⁸Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, p. 119.

³⁹Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo...*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰A raíz de la aprobación del referido Acuerdo, sobre el que no procede aquí hacer ninguna valoración crítica, se propone añadir una disposición adicional en el ET con el siguiente contenido: “Por aplicación de lo establecido en el art. 8.1 se presume incluida en el ámbito de esta ley la

la disminución del número de trabajadores de cada una de ellas, en particular, de las que poco a poco se van fragmentando, sino que, por otra parte, en una curiosa inversión de las reglas laborales tradicionales, se produce una multiplicación del número de empresarios por cada trabajador. Esta realidad se hace especialmente visible en el ámbito de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las que por su especialización es habitual que unas pocas personas trabajadoras pueden estar cubriendo los objetivos empresariales de varias entidades al mismo tiempo. Otras veces, la multiplicidad de las empresas proyectadas sobre la actividad laboral de una misma persona se debe a la reconversión de una misma entidad transformada en varias pertenecientes al mismo grupo. Y qué decir de los servicios prestados en el ámbito de las empresas de trabajo temporal en los que por definición se produce un desdoblamiento de la figura de empresario y en consecuencia una diversificación y reparto de los poderes no siempre identificables entre el empresario formal –empresas de trabajo temporal- y el empresario material –la empresa usuaria-⁴¹. Es evidente que a las dificultades de identificación que conlleva la pluralidad empresarial, se une la difusión de sus cargas y responsabilidades, sobre todo cuando la prestación tiene por destinatarios finales a otros en quienes revierte ulteriormente su utilidad. En conclusión, queda definitivamente alterado el carácter binario de la relación laboral. Si a todo lo anterior se le añade el elemento transnacional derivado de la globalización y su favorecimiento hacia el desarrollo de un trabajo con menor protección y costos más reducidos, es evidente que se está operando cierta desorganización del Derecho del Trabajo por la deconstrucción de los tipos sociales de los que se ha servido habitualmente para imputar las consecuencias de sus normas⁴².

3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CATALOGACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS NUEVOS AUTÓNOMOS

La posición estratégica del trabajo por cuenta propia en el sistema productivo actual es evidente. A día de hoy se hace difícil entender el desarrollo y el éxito de muchos proyectos empresariales sin esos profesionales autónomos -unipersonales o societarios-, integrados en sus estructuras descentralizadas, la mayor parte de las

actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejerzan las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

⁴¹Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 275 ss.

⁴²Goldin, A., “La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 31.

veces sin trabajadores asalariados, y, por supuesto, sin un proyecto empresarial propio. Y todo esto, como se comprobó con anterioridad, sin que se hubiese materializado un incremento cuantitativo del colectivo en términos absolutos sino de forma relativa como única alternativa de empleo frente a la pérdida de puestos de trabajo en régimen laboral. En fin, que la libertad de actuación que conforma la esencia del autoempleo se ha tornado en una necesidad de actuación como única alternativa para poder sobrevivir⁴³.

Esta realidad es una de las razones por las que hoy en día se plantea con cierta fuerza la cuestión del trabajo autónomo frente a lo acontecido en etapas anteriores con aquel grupo de profesionales privilegiados –los provistos de la referida libertad- con aspiraciones individuales, rentas de posición y ajenos al Derecho del trabajo y que eran identificados como una pequeña burguesía con intereses contrapuestos a los de los trabajadores por cuenta ajena. La evolución del colectivo hacia su diversificación, como efecto principal del crecimiento del autoempleo en los nuevos tipos de ocupaciones o profesiones, algunas de alta cualificación, pero también en las de cualificación inferior, y su utilización, cada vez mayor, para llevar a cabo las prácticas descentralizadoras de las empresas, buscando no sólo la especialización productiva sino también la reducción de sus costes empresariales, ha hecho que sus intereses se aproximen a los de los trabajadores por cuenta ajena⁴⁴. Tal es así, que, incluso, se habla ya de los nuevos autónomos como categoría diferente a los autónomos tradicionales para dar cuenta de las diferencias existentes entre los diferentes miembros de una única categoría formal. El nuevo autónomo no tiene como objetivo hacer crecer el negocio ni emplear a otros en un futuro, es decir, no aspira a ser un emprendedor, que es justo lo que se proclama en las políticas de fomento del autoempleo, el emprendimiento. En cambio, el deseo de éxito empresarial, de crecimiento y de expansión sí conforman las notas comunes de la descripción de los autónomos tradicionales⁴⁵. Por otra parte, está la problemática de su deslinde con el trabajo por cuenta ajena, pues, como es fácil imaginar, en muchas ocasiones la actividad de esos nuevos autónomos se encuentra en el límite con el trabajo dependiente. Cuando lo sobrepasa surge la figura del falso autónomo, o lo que es lo mismo el falso empleo por cuenta propia, categoría que exige la previa delimitación del concepto de trabajador, función que

⁴³Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 70.

⁴⁴Jansen, G., *Farewell to the rightist self-employed?...*, op. cit., p. 307.

⁴⁵Sobre todas estas cuestiones, ampliamente, Daskalova, V., *Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?*, German Law Journal, vol. 19, núm. 3, 2018, pp. 465 ss. Al hilo de la diversificación del colectivo de trabajadores autónomos en distintos sectores y, en consecuencia, su heterogeneidad en los niveles de ingresos y las condiciones del mercado, aparecen otras clasificaciones doctrinales de sus integrantes, entre ellas, la que diferencia entre “trabajadores autónomos precarios” y “trabajadores autónomos profesionales”, cfr. Barbera, M., *El trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación*, Temas Laborales, núm. 151, 2020, pp. 19 ss.

corresponde al legislador. En fin, el falso autónomo puede definirse como aquel trabajador que está inscrito como autónomo, pero *de facto* está vinculado por una relación laboral. El falso autónomo es, por lo tanto, un trabajador dependiente erróneamente clasificado como trabajador por cuenta propia. Su descubrimiento e identificación, cuando no sea pacífico, va a requerir de una importante labor judicial interpretando y aplicando las pruebas presentadas por las partes para, en su caso, detectar situaciones fraudulentas y dirimir el conflicto. En cualquier caso, es evidente que en el escenario económico y empresarial actual muchos de los clasificados formalmente como autónomos son falsos autónomos. Pero más allá de estos y toda la problemática que les rodea, todavía se sitúan los autónomos precarios que objetivamente sí son trabajadores por cuenta propia, pues no tienen ninguna posibilidad de demostrar su *status* de trabajador dependiente. Son los conocidos como trabajadores independientes precarios⁴⁶. Y tanto los unos como los otros son objeto de estudio e interés en la actualidad, cada uno en la faceta que le corresponda en cuanto más necesitada de protección.

En una etapa anterior y no demasiado lejana –la década de los noventa-, sí fue objeto de cierta atención la ordenación de la seguridad y salud de un segmento del colectivo de trabajadores por cuenta propia, y no, precisamente, de los que integraban su grupo más privilegiado. Se trataba, en particular, de los autónomos de las obras construcción. En efecto, con ocasión de la aprobación del desarrollo reglamentario de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores autónomos de la construcción que coincidían con otros empresarios y trabajadores en las mismas obras comenzó a suscitar el interés de la doctrina laboralista, pues, por primera vez, tales profesionales eran tenidos en cuenta en una disposición normativa preventiva, aunque lo fuesen más como factores de riesgo que como sujetos de derechos. Emergía con ello la cuestión de las relaciones jurídicas de colaboración formalizadas entre empresas y trabajadores autónomos a las que se hacía referencia antes. Para las obras de construcción, el desarrollo reglamentario de la Ley 31/1995 se había materializado *ex* RD 1627/1997, de 24 de octubre⁴⁷. La novedad de la ordenación de la seguridad y salud de los autónomos, pero también su posición ciertamente ambivalente –sujetos de obligaciones *versus* sujetos de derechos– alimentaron aquel interés siendo muchos los estudios publicados al respecto. Ahora bien, al margen de aquel debate, que no es el que ahora interesa, conviene reparar por un momento en la definición que ofrece la referida disposición reglamentaria

⁴⁶También, Daskalova, V., *Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy...*, *op. cit.*, pp. 467-468.

⁴⁷La aprobación del RD 1627/1997, de 24 de octubre, respondía al cumplimiento del mandato contenido en el art. 6 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, más allá de llevar a cabo la obligada transposición de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (octava Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

sectorial de estos profesionales. Y ello porque tal definición no existe propiamente, sino que el profesional autónomo se define en negativo y por exclusión. En concreto, según su art. 2.1 j), se entenderá por trabajador autónomo “la persona física distinta del contratista y del subcontratista que realiza de forma personal y directa una actividad profesional sin sujeción a un contrato de trabajo y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra”. Curiosamente, en otro apartado del mismo precepto del RD 1627/1997 se indica que a los efectos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales “el contratista o el subcontratista tendrán la consideración de empresarios”. Y en otro más se precisa que “cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena tendrá la consideración de contratista o subcontratista a efectos del presente Real Decreto”. Por supuesto, el contratista y el subcontratista, sí que son perfectamente definidos en el RD 1627/1997⁴⁸. Es más, muchos años después, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, hizo suya aquella definición reglamentaria del autónomo del año 1997 sin añadir ninguna otra consideración. Dicho esto, y a salvo “la conclusión de un contrato de ejecución de obra u otra modalidad similar que atienda al resultado del trabajo y no a la tarea realizada”⁴⁹, no parece que en la calificación del trabajador por cuenta propia de las obras concurren unos rasgos que lo identifiquen de forma singular, pero sobre todo cuya actividad profesional, por su especialización o por cualquier otro tipo de razón, justifique su presencia en esa actividad junto con los trabajadores contratados por las empresas concurrentes, de hecho, hay que ser conscientes que las más de las veces no son contratados ni por razones de dificultad, ni de solvencia técnica⁵⁰. Con todo, no está de más romper una lanza, aunque sea nimia, en favor del legislador español frente al europeo en esta materia, ya que, en el concepto comunitario de autónomo de las obras, el ofrecido por la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, ni siquiera se vislumbraba la existencia de la vinculación contractual con los otros agentes intervinientes en la actividad, ofreciendo una definición de este profesional carente de cualquier contenido sustantivo. Es más, se hace por contraposición al significado de trabajador y empresario en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio –Directiva Marco en seguridad y salud en el trabajo-⁵¹, lo

⁴⁸El contratista es la “persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato” (cfr. art. 2.1 h) RD 1627/1997) y el subcontratista “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución” (cfr. art. 2.1 i) RD 1627/1997).

⁴⁹Cfr. Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, op. cit., p. 15.

⁵⁰Así lo pone de manifiesto Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, op. cit., p. 15.

⁵¹Según el art. 2 d) de la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, tendrá la consideración de trabajador autónomo “cualquier persona distinta de las mencionadas en las letras a) y b) del artículo

que más que aclarar contribuye a enmarañar las diferencias entre empresario y trabajador autónomo en el sistema jurídico de la UE⁵². En fin, reflexionando ahora con cierta perspectiva sobre el contenido de toda esta ordenación, tanto la definición del trabajador autónomo como la realidad de la subcontratación en las obras de construcción, quizás se pueda afirmar que tales colaboraciones entre empresas y profesionales por cuenta propia se veían impulsadas, incluso incentivadas, desde la normativa vigente que las regulaba y las permitía, sin que nunca se hubiese planteado su conveniencia o no, su realidad o no, como ocurre en la actualidad con estas y otras muchas situaciones.

Más allá de la seguridad y salud de los autónomos en esas circunstancias en particular, la protección social de todo el colectivo en general, sin distinción de su segmento, privilegiado o no, también ha sido objeto de especial atención por la doctrina, y lo sigue siendo en la actualidad. Pero ello es lógico pues el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos conforma uno de los dos grandes regímenes en los que se estructura el Sistema desde que, en el año 1963, la Ley de Bases de la Seguridad Social así lo previó como parte de un modelo unitario de protección social⁵³. De hecho, tras la integración en su ámbito de aplicación de los autónomos del Régimen Especial Agrario⁵⁴, solo quedan fuera de su campo los autónomos del Régimen Especial del Mar⁵⁵.

También el estudio de la libertad sindical y el ejercicio de algunos derechos colectivos de los trabajadores autónomos ha suscitado, tradicionalmente, cierto interés por parte de la doctrina laboralista. Las razones son obvias, de hecho, algunos tienen el carácter de derechos fundamentales, frente a lo cual, las notas que definen el trabajo por cuenta propia hacen que no pocas veces su ejercicio se

3 de la Directiva 89/391/CEE cuya actividad profesional contribuya a la ejecución de la obra”. Como se acaba de advertir, las letras a) y b) del art. 3 de la Directiva 89/391/CEE se refieren, respectivamente, a la definición de trabajador y empresario. El trabajador se define como “cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar” (art. 3.a) Directiva 89/391/CEE). Y el empresario como “cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento” (art. 3.b) Directiva 89/391/CEE).

⁵²Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, op. cit., p. 15.

⁵³Base Tercera de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social. Su disposición normativa reguladora principal es el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

⁵⁴Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

⁵⁵Regulados por la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

difumine, se reduzca a una condición secundaria o incluso se desvanezca por su ineffectividad, de ahí esa necesidad de análisis.

En fin, el ordenamiento jurídico-laboral español al igual que los de su entorno se articula en torno a la distinción binaria entre trabajo dependiente y trabajo autónomo, y aunque el trabajo autónomo en un principio quedaba fuera de sus contornos, excepto alguna cuestión puntual, poco a poco fue atrayendo la atención de la doctrina laboralista, en particular, cuando el legislador regulaba alguno de los aspectos de su régimen jurídico. Así había sucedido en la década de los setenta, con la creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y más recientemente con la aprobación de la primera ordenación integral del colectivo, la LETA promulgada en el año 2007. Lo que sucede en la actualidad con estos profesionales es que los temas a los que debe hacer frente el Derecho del Trabajo no coinciden con los que hasta hace muy pocos años fueron objeto de estudio. A día de hoy, se debe atender a la ordenación del trabajo en empresas fragmentadas, descentralizadas y externalizadas en las que coinciden al mismo tiempo trabajadores estables, trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, trabajadores empleados por contratistas, trabajadores autónomos y –a veces– falsos autónomos. Coincidencia, además, que no queda limitada a la esfera física, pues la digitalización dio entrada a la esfera virtual y con ella a lo que se conoce como empresa desmaterializada⁵⁶. Y en este escenario, uno de los retos que se le plantean al Derecho del Trabajo es si procede reconocer, individualizar y proteger el trabajador autónomo vulnerable a través del reconocimiento de una serie de derechos, y como trabajador autónomo vulnerable hay que referir aquellos que ocupan los segmentos más frágiles del trabajo por cuenta propia, entre los que se encuentran la mayoría de los que prestan servicios a empresas en el contexto de las nuevas formas de organización empresarial, aun siendo conscientes de la dificultad del reconocimiento de tales derechos por un problema de esencia y concepto. Por un lado, en lo que se refiere a su calificación, la de los derechos de los autónomos, pues ante las dificultades de su consideración como derechos laborales y por lo tanto como derechos sociales, habría que plantear el tema desde la perspectiva de los derechos humanos en la búsqueda de unos derechos básicos que se reconozcan indistintamente a trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia⁵⁷. Por otra parte, por los consabidos problemas de eficacia derivados, entre otras razones, de la inexistencia de empleador frente al que hacer valer su cumplimiento.

Desde luego, en cuanto a su posible categorización, por lo menos en parte, como derechos humanos o derechos fundamentales, quizás sirva como argumentación la realidad de muchos de los que prestan servicios en las estructuras descentralizadas de las empresas en el contexto digital actual. No se olvide su

⁵⁶Barbera, M., *El trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación...*, op. cit., pp. 18-19.

⁵⁷Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 72.

falta de vocación empresarial, la ausencia de proyecto de negocio, su carencia de trabajadores asalariados y el ejercicio de su actividad como única alternativa de medio de vida. Esto es, su desempeño no como una opción sino como una necesidad, lo que ha producido, incluso, situaciones de explotación precisamente facilitadas por la carencia de derechos⁵⁸. Como se ha encargado de recordar alguna autora, esta situación ha provocado que el Derecho del Trabajo vuelva a sus orígenes y rememore uno de sus principios esenciales, a saber, que el trabajador es la parte débil de la relación laboral y que en consecuencia es preciso impedir que el empresario restrinja sus derechos⁵⁹. Sí es cierto que frente a ello puede oponerse que cualquier prestación autónoma de servicios queda fuera de los contornos del Derecho del Trabajo y, por lo tanto, fuera de su ámbito personal de aplicación. Sin embargo, al mismo tiempo, el modo en que los nuevos autónomos prestan servicios en las actuales formas de organización empresarial en el contexto de la economía digital demanda a toda costa la introducción de mecanismos de “reequilibrio de las fuerzas contractuales”⁶⁰ implicadas. Y no parece que exista ningún impedimento material para que ello se realice desde la óptica del Derecho del Trabajo, como así se ha hecho, en otras ocasiones, con ciertos aspectos de la regulación del régimen jurídico del colectivo.

Bajo estas consideraciones, sirva traer aquí a colación la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 en la que las cuatro categorías de derechos fundamentales allí reconocidas – la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación- no se ligan a determinada categorización de la prestación del servicio sino a la mera comprobación de la existencia de un trabajo humano⁶¹. De hecho, en sus considerandos se expresa como deseo que la garantía de estos “principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano”. Desde luego, y al margen de las controversias que pudiera plantear el reconocimiento de ciertos derechos colectivos a los trabajadores por cuenta propia, en concreto, el derecho de negociación colectiva, el efecto que puede producir el respeto y aplicación a dicho colectivo del

⁵⁸Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 70.

⁵⁹Martínez Yáñez, N.M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los derechos profesionales de los trabajadores autónomos*, Temas Laborales, núm. 151, 2020, p. 95.

⁶⁰Cfr. Martínez Yáñez, N.M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE...*, op. cit., p. 95.

⁶¹Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., p. 74.

resto de principios y derechos de la Declaración de 1998 es más que significativo, en particular, en los nuevos modelos de organización empresarial. Piénsese por un momento en las cadenas mundiales de suministro en cuanto nichos de trabajo informal, bajos costos salariales e incluso facilitadoras del trabajo infantil. De hecho, ante la pasividad y escasa eficacia de las legislaciones nacionales para hacer frente a esta problemática, hace ya un lustro la propia OIT aprobó un plan de acción relativo a la gobernanza de las mismas en torno al Informe IV preparado por la Oficina Internacional del Trabajo bajo el título “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”⁶². Y repárese también en las desigualdades existentes en las condiciones de trabajo que rigen la prestación de servicios de los profesionales –trabajadores dependientes y trabajadores autónomos– en los grupos de empresas y en el ámbito de relaciones interempresariales de contratación en su más amplio sentido, llegando a su máximo exponente en las empresas multiservicios⁶³.

Sin salir de la OIT, también hay que mencionar la “Declaración del Centenario para el futuro del trabajo”⁶⁴ de 2019 en la que aun a pesar de las modificaciones finales entre el texto del proyecto y la versión definitiva, reconoce un elenco programático de derechos aplicable a todos los trabajadores sin distinción, lo que obviamente va a exigir su correspondiente desarrollo a nivel internacional e interno⁶⁵. Como punto de partida comienza admitiendo la radical transformación

⁶²Aprobado en la 105ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada en Ginebra entre el 28 de mayo y 10 de junio de 2016. Sobre todas estas cuestiones, Raso Delgue, J., “*Nuevos caracteres de las relaciones laborales en las cadenas mundiales de suministro*”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., pp. 73 ss.

⁶³Al respecto, Esteve Segarra, A., “*Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación*”, en AA.VV., *La externalización productiva...*, op. cit., p. 266.

⁶⁴Aprobada en la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada en Ginebra entre el 10 y 21 de junio de 2019.

⁶⁵En la versión previa a la definitivamente aprobada, presentada para su estudio por la Conferencia Internacional el 13 de mayo de 2019, la letra B del apartado III disponía lo siguiente: “El fortalecimiento de las instituciones del trabajo para ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores en un contexto marcado por formas de trabajo nuevas y emergentes. Debería garantizarse a todos los trabajadores, con independencia de su situación en el empleo o de su modalidad contractual: i) el respeto de sus derechos fundamentales; ii) un salario vital adecuado; iii) límites al número máximo de horas de trabajo; iv) la seguridad y salud en el trabajo; v) la protección de la privacidad y de los datos personales, y vi) la posibilidad de conciliar mejor la vida profesional y la vida privada mediante un mayor control del tiempo de trabajo, con arreglo a modalidades que respeten las necesidades de la empresa y promuevan la eficiencia productiva y el reparto de los beneficios”. Sobre el proyecto de la Declaración del Centenario de la OIT de 2019 y el reconocimiento de derechos al trabajo por cuenta propia, véase Cabeza Pereiro, J., *Los derechos del trabajador autónomo...*, op. cit., pp. 75-77. Sobre las diferencias entre los dos textos, Daugareilh, I. destaca positivamente la versión inicial ya que “presentaba el mérito de incidir sobre la indiferencia del status habida cuenta del empleo o de los arreglos contractuales, lo que transmitía una atención explícita a las nuevas formas de empleo (...). La primera versión del texto estaba pues más explícitamente y más claramente en la línea con las necesidades de los trabajadores que se encontraban entre el asalariado y la autonomía y tenía pues un espectro más amplio que la

que se está produciendo en el mundo del trabajo “impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización”, lo que conforma “un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto”. De ahí que sea imprescindible la actuación urgente para “aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente para todos”. Y tal futuro del trabajo es fundamental para un “desarrollo sostenible que ponga fin a la pobreza y no deje a nadie atrás”. Bajo estas consideraciones y como nivel mínimo de derechos reconocidos a todos los trabajadores, se afirma que todos deberán disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo Decente, teniendo en cuenta: “el respeto de sus derechos fundamentales; un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado; límites máximos al tiempo de trabajo; y la seguridad y salud en el trabajo”. Desde luego, la importancia del respeto y cumplimiento de todos ellos cualquiera que sea la modalidad de prestación de servicios sobre la que se proyecten es incuestionable, si lo se quiere es alcanzar un trabajo digno para todas las personas. Ahora bien, de todos los mencionados parece que la seguridad y salud en el trabajo plantea un reto especialmente significativo por varias razones, entre ellas, por su modo de cumplimiento y su exigencia, en particular, en un contexto especialmente complejo en el que se yuxtaponen los espacios físicos y virtuales en los que se desarrollan las actividades. Por otra parte, téngase en cuenta que el reconocimiento de “límites máximos al tiempo de trabajo”, incluido también entre los derechos constitutivos de la protección mínima a todas las personas que presten servicios, entronca directamente con el tópico de la seguridad y salud laboral. Es cierto que la autonomía con la que organiza su actividad un trabajador por cuenta propia conforma un obstáculo importante frente a cualquier intento de ordenación externa, sin embargo, tal ordenación ya no parece tan anómala cuando la actividad del profesional está inmersa en una red empresarial que de forma más o menos explícita determina las condiciones en las que ha de desarrollar su actividad.

En el Derecho europeo, sabido es que la atención marginal que ha recibido el trabajo autónomo contrasta con la prestada al trabajo asalariado, sobre el que existe una amplia legislación fundada en el principio de libre circulación de trabajadores, art. 45 del TFUE, y en las disposiciones sobre Política Social que conforman su Título X, arts. 151-161 TFUE, que fue definitivamente incorporado al Derecho originario mediante el Tratado de Ámsterdam⁶⁶. Con todo, en este momento, no

versión definitiva”, cfr. *El trabajo en la nueva economía: ¿qué respuestas aporta el derecho social internacional?*, Temas Laborales. núm. 151, 2020, p. 232.

⁶⁶Así lo recuerda Martínez Yáñez, N.M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE...*, *op. cit.*, p. 105.

se puede pasar por alto la existencia de algunas directivas fundamentales en el escenario de referencia cuyo ámbito de aplicación alcanza no solo el trabajo por cuenta ajena sino también el trabajo por cuenta propia. Se trata, de las directivas reguladoras del principio de igualdad y no discriminación, esto es, la 2000/43/CE, de 29 de junio, la 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y la 2006/54/CE, de 5 de julio. Una muestra palpable y reciente de la preocupación de la UE por los trabajadores por cuenta propia, entre otras razones, por su situación de debilidad si se los compara con los trabajadores por cuenta ajena, es la aprobación de la Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia⁶⁷, cuya finalidad es ofrecer el acceso a una protección social adecuada a todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en los Estados miembros.

Llegados a este punto y conscientes de la dificultad, no tanto de la catalogación, sino de la efectividad de tales derechos, quizás sería una buena idea propiciar la asunción de un compromiso –internacional- en este sentido por parte de las empresas implicadas, físicas y virtuales, en las que se insertan tales profesionales, incluso a través de la Responsabilidad Social Empresarial, y con ello, más allá de dignificar su actividad y condiciones –las de los autónomos-, conseguir un sistema, también internacional, de certificación que legitime su actuación en el mercado.

La polémica está servida, los problemas planteados, algunas soluciones ya propuestas, pero la problemática sigue latente. Cualquiera que sea la solución que se adopte, parece que estamos en la senda de una transformación del Derecho del Trabajo para garantizar a todas las personas trabajadoras un empleo decente y una protección social adecuada, más allá de categorías y dicotomías hasta ahora existentes: trabajador asalariado, autónomo o TRADE.

4. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

De entrada, parece que es hora de cuestionarse la necesidad real de la existencia de los TRADES habida cuenta su escaso número, por lo menos en lo que se refiere a España, de hecho, a finales de 2020 el colectivo apenas sobrepasaba la cifra de 8.000 inscritos⁶⁸. Pero, por otra parte, y esto es lo decisivo, por la dependencia económica que mantienen con su cliente con los efectos perniciosos

⁶⁷ 2019/C 187/01.

⁶⁸En concreto, según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/index.htm>, a 31 de diciembre de 2020, el número de TRADES es de 8.111.

que ello provoca en su libertad de actuación en cuanto elemento esencial que define el trabajo autónomo.

Sobre el número de TRADES, los algo más de 8.000 antes referidos, hay que considerar que no parece que respondan ciertamente a la realidad, pues si de los 3.284.831 millones de autónomos que estaban afiliados en nuestro país a 31 de diciembre de 2020 en alguno de los regímenes de trabajadores por cuenta propia, solo el 20,1 por ciento tenían trabajadores asalariados a su cargo, es sospechoso que del resto es decir, de aproximadamente 2.600.000 autónomos solo cumplan con los requisitos del art. 11 de la LETA poco más de 8.000 personas físicas⁶⁹. Sin duda, más allá de la escasa diferencia que ostenta esta figura con la protección genérica que el legislador concede a todos los trabajadores autónomos, su número siembra cierto halo de duda sobre el contenido cualitativo de la relación de prestación de servicios que tales profesionales entablan con sus clientes de los que –no se olvide este dato– perciben, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Pero, el argumento decisivo para plantearse la supresión de la figura es la referida dependencia económica, en cuanto elemento identificador y diferenciador frente al resto del colectivo de trabajadores por cuenta propia. Voces muy autorizadas ya han proclamado y justificado que la “adjetivación como económica de la dependencia es, casi siempre, una falsificación, o una contemplación parcial de una relación más amplia”, y ello toda vez que detrás de la “dependencia económica hay ineludiblemente una subordinación jurídica, a través de un conjunto de pactos implícitos o explícitos, de colaboración y de control, que no le dejan al trabajador autónomo margen de autonomía alguno”⁷⁰. Con menos vehemencia, aunque con un mensaje muy claro y transparente sobre la regulación de los TRADES en la LETA de 2007, se ha llamado la atención sobre la pérdida de ocasión para legalizar unas relaciones que “en ocasiones son verdaderas prestaciones laborales encubiertas”⁷¹. La referida dependencia económica de este grupo de trabajadores autónomos también ha sido vista como una mera técnica correctiva para justificar la “aplicación selectiva de la normativa protectora típica del trabajo subordinado (salario mínimo, derechos sindicales, la prevención de accidentes, la prestación de la seguridad social, la protección de la intimidad) superando así el enfoque

⁶⁹La escasa cifra de TRADES en relación con el número total de trabajadores autónomos, también le ha llamado la atención a Cabeza Pereiro, J. *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁷⁰Cfr. Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, B., *El gran pacto social que debería esperarse...*, *op. cit.*, p. 129.

⁷¹Cfr. Garrido Pérez, E., “El papel definidor de la subordinación y la dependencia en el redireccionamiento hacia el autoempleo”, en AA.VV., en AA.VV., *El trabajo autónomo en España tras la crisis...*, *op. cit.*, p. 134.

tradicional de todo o nada⁷². En cualquier caso, más allá de opiniones o de posturas más o menos favorables a la figura del TRADE, no puede obviarse que se trata de una realidad que evoca la figura del empresario subordinado, a la que se hacía mención en otro epígrafe de este trabajo, y sobre la que se advertía del sometimiento en su actuación y decisiones a los dictados de otro, en concreto, al empresario que ostenta la posición dominante en su relación, normalmente, por razones económicas, entre ellas, la de ser su único cliente o proveedor, aunque esta situación, las más de las veces, sea una relación impuesta por las circunstancias.

Por otra parte, el reconocimiento legal y la admisión de la dependencia económica de los TRADES no se queda ahí, sino que admite y consiente con naturalidad profesionales autónomos en las cadenas de subcontratación – en particular, en las obras de construcción- y, en general, en las estructuras descentralizadas de las empresas con una importante afectación de su libertad de actuación. Y para argumentar esta idea basta reflexionar por un momento sobre la organización del mando en aquellas cadenas, pues más allá del contenido jurídico-formal que se plasma en los contratos que ordenan su actividad, es evidente que va a emerger otro más oculto que dibuja una realidad que no siempre coincide del todo con la que está escrita. Y es a través de dicha realidad donde pueden regresar y de hecho regresan mecanismos de control, de dependencia y de jerarquía muy acusados que desnaturalizan el concepto de trabajador autónomo, y ya no solo el económicamente dependiente, sino, también, el común⁷³.

En segundo lugar, no parece descartable reforzar o, para ser más precisos, reformular la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, y ello por varios motivos.

Por un lado, porque tal y como está configurado el citado precepto del ET no se puede identificar en su contenido una presunción de laboralidad en el sentido jurídico del término, toda vez que en el supuesto de hecho descrito por la norma –“todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”- no se presume ni la ajenidad, ni la dependencia, ni la retribución, es decir, los presupuestos materiales que definen una prestación de servicios dependiente. Solo cuando en una prestación de servicios entre dos personas concurren esos tres elementos, aun cuando no exista expresa declaración de voluntad al respecto, entra en juego lo que se conoce como presunción de laboralidad. Dicho en otros términos, el art. 8.1 ET regula la forma del contrato de trabajo caracterizada desde siempre por su espíritu no formalista admitiendo tanto el contrato celebrado por escrito como el celebrado de forma verbal. Pero es que la ley permite expresamente el consentimiento tácito,

⁷²Cfr. Barbera, M., *El trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación...*, op. cit., p. 24.

⁷³Al respecto, Cabeza Pereiro, J., *Dialéctica entre subcontratación y trabajo autónomo...*, op. cit., pp. 3-4.

por hechos concluyentes, en el contrato de trabajo. Y es, precisamente, esto último lo que, comúnmente y sin demasiado acierto, se califica como presunción de laboralidad⁷⁴.

En definitiva, ya sea reformulando la presunción de laboralidad o ya sea abordando reformas más estructurales, habría que plantearse la posibilidad de presumir la laboralidad de los servicios prestados por ciertos colectivos en el contexto económico actual en los que confluyan especiales dificultades probatorias de su relación de dependencia, pero, sobre todo, en los que en su aceptación y modo de ejecución de los servicios quede en entredicho la tantas veces aludida libertad de actuación en cuanto esencia del trabajo autónomo, esto es, ni más ni menos que su capacidad de actuación y de negociación en el mercado de forma independiente⁷⁵. Desde luego, esta solución no tiene por qué resultar extraña ni tampoco novedosa, de hecho, el mecanismo de las presunciones, o para ser más exactos, el de las exclusiones constitutivas, lo que es tanto como decir presunción de no laboralidad, fue el instrumento utilizado por el legislador en el año 1994 para excluir del ET los servicios de transporte prestados por transportistas titulares de la autorización administrativa –tarjeta de transporte- con vehículos comerciales cuya propiedad o poder de disposición ostenten, y de ahí la redacción del último párrafo del art. 1.3 ET⁷⁶.

Precisamente, esta idea, la de las presunciones, parece estar en la raíz del último Acuerdo alcanzado el pasado 10 de marzo en la mesa del diálogo social entre el Gobierno y los interlocutores sociales sobre los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales, los conocidos como *riders*, con el que se cierra la larga y tortuosa negociación iniciada el pasado mes de octubre tras publicarse el fallo de la STS de 25 de septiembre de 2020⁷⁷. Sin entrar a valorar jurídicamente el contenido del referido Acuerdo⁷⁸, su pretensión parece clara: permitir la laboralización de las personas dedicadas al reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía a través de plataformas digitales. Así las cosas y con la vista puesta en la consecución de dicha finalidad, el texto del acuerdo ordena el reconocimiento de la “presunción

⁷⁴Sobre la práctica irrelevancia de la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, véase Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado... op. cit.*, pp. 23-24.

⁷⁵En este sentido, Cardona Rubert, B. y Cabeza Pereiro, J., *El gran pacto social que debería esperarse..., op. cit.*, p. 129.

⁷⁶Así lo explica Cruz Villalón, J., *El concepto de trabajador subordinado..., op. cit.*, p. 24

⁷⁷Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4746/2019. En dicha resolución, el pleno de la Sala de lo Social del TS declaraba que la relación existente entre los repartidores (*riders*) y la empresa Glovo tiene naturaleza laboral.

⁷⁸Al respecto, pueden consultarse las valoraciones siempre acertadas de Rojo Torrecilla, E., en su blog: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/repartidores-y-empresas-de-la-economia.html>; y las de Baylos Grau, A., en el suyo respectivo: <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>

de laboralidad” para los trabajadores que prestan servicios de reparto a través de empresas que gestionan digitalmente esa labor⁷⁹. De hecho, el eje central del proyecto que contiene el borrador de propuesta de modificación normativa, se autocalifica como “presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”. Así reza el título de la futura, cuando se apruebe, disposición adicional decimotercera del ET cuyo contenido conecta directamente con el art. 8.1 ET. Sin embargo, tal y como está redactado el texto, más que identificar en él una presunción, habría que considerar la existencia de una mera inclusión declarativa⁸⁰, no en vano la existencia de dependencia funcional es el elemento identificativo del supuesto de hecho que describe. Su tenor literal es el siguiente: “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a los previsto en el artículo 1.3 de la presente norma”.

Directamente relacionado con la propuesta anterior, también en los casos problemáticos a los que se hace alusión en este trabajo, habría que plantearse como posible criterio de laboralidad, el de la ajenidad respecto al mercado de bienes y servicios que había introducido el prof. Alarcón Caracuel allá por el año 1986 a partir de la descripción de una realidad no muy diferente a la actual, al margen de los contrastes obvios derivados de los avances tecnológicos y de la digitalización⁸¹. De hecho, en el escenario laboral que describía el autor ya hacía alusión al trabajo a domicilio, al teletrabajo con ordenador, al contrato de ejecución de obra o servicio y a la descentralización y externalización de actividades empresariales como ejemplos de supuestos “conflictivos”, “fronterizos” y que plantean “problemas de calificación” jurídica en cuanto a su laboralidad⁸². Aquella nueva dimensión de la

⁷⁹ Así consta expresamente en el comunicado conjunto del MITES y las organizaciones sindicales y empresariales firmantes del acuerdo publicado al día siguiente de su firma bajo el título “El Gobierno y los interlocutores sociales alcanzan un acuerdo sobre los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto a través de plataformas digitales”. Este comunicado se puede consultar en la siguiente dirección de internet: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3958>

⁸⁰ Como indica expresamente Baylos Grau, A. en su blog, el eje central del texto es la inclusión declarativa de los trabajadores de reparto al servicio de las plataformas en la relación laboral”, de hecho, “se establece una presunción en conexión con la que establece el art. 8.1 ET”, <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>

⁸¹ Como es fácil imaginar, se trata del siguiente trabajo: Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 28, 1996, pp. 495 ss.

⁸² Cfr. Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado...*, op. cit., p. 529.

ajenidad, que hoy sigue conformando una de las varias perspectivas que integran el significado del criterio distintivo, proclama que el trabajador trabaja para un empresario, no directamente para el mercado. Pasar de trabajar autónomamente para el mercado a trabajar para un empresario convierte a ese sujeto en trabajador sometido al Derecho del Trabajo. Pues bien, a partir de las consideraciones anteriores y para evitar la expulsión del ámbito de cobertura de la normativa laboral de ciertos colectivos problemáticos, no se puede obviar la fuerza y validez del alcance de la ajenidad en el mercado “con lo que ello implica de discernimiento entre si se trabaja para un empresario o para un cliente, con la consiguiente perdurabilidad o no de la relación”. Repárese en que tal “conexión estable con la empresa equivale a desconexión, no menos estable, con el mercado por parte del trabajador directo”⁸³.

Por último, sobre los derechos de los trabajadores autónomos, en particular, los vulnerables, antes ya se adelantó la problemática de su catalogación y de su eficacia, pero también se propusieron algunas soluciones como su reconocimiento y ejercicio desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que desde luego va a implicar a las instituciones y por supuesto a las empresas. Qué duda cabe que llevar a la práctica la implementación de todo lo anterior va a exigir un esfuerzo, en particular, para garantizar su cumplimiento. Pero, como ha acontecido en otras ocasiones, a veces es cuestión, simplemente, de voluntad política y de alcanzar un reequilibrio de fuerzas en el mundo de la economía productiva en pro de un colectivo, el autónomo vulnerable, cuya similitud con el trabajador subordinado ordinario, en no pocas ocasiones, es bastante similar.

⁸³Cfr. Alarcón Caracuel, M.R., *La ajenidad en el mercado...*, op. cit., p. 529.