**PROBLEMÁTICA LABORAL Y PREVENTIVA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN**

**LABOUR AND RISKS PREVENTION PROBLEMS IN RELATION WITH SELF-EMPLOYED WORKERS IN THE CONSTRUCTION INDUSTRY**

Vicente Pedro Lafuente Pastor

Doctor en Derecho

 Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

vlafuent@unizar.es

**Resumen**

El trabajador autónomo en el sector de la construcción presenta unos perfiles propios, subordinados a la actividad productiva que desarrolla: carácter temporal del centro de trabajo, aparición de riesgos laborales muy diversos y numerosos y de máxima severidad, y desarrollo de su actividad profesional en concurrencia con otras empresas y trabajadores autónomos, en un organigrama complejo en el que destaca la figura del promotor (empresario titular del centro de trabajo), del contratista (empresario principal), y de los subcontratistas.

La cuestión clave, en el ámbito preventivo, es la configuración del trabajador autónomo, bien como empresario, bien como asimilado al trabajador por cuenta ajena, subrayando el deber de amparo respecto del empresario principal. Esta disyuntiva cobra especial relieve en la construcción, tanto por ser un sector que ha servido de modelo histórico de aparición de los denominados «falsos autónomos», como por los singulares relieves de subordinación en la prestación profesional, incluso en los supuestos en que no se cuestiona la verdadera naturaleza jurídica de su estatuto.

Por otro lado, en el plano laboral, la figura del falso autónomo surge históricamente ligada a comportamientos de dudosa legalidad en las obras, en la que trabajadores autónomos realizan los mismos trabajos, y de forma indistinta, que trabajadores por cuenta ajena, cobrando percepciones similares a éstos, y dependiendo el poder de dirección igualmente del empresario principal. Una amplia jurisprudencia, que arranca de los extintos Tribunales Centrales de Trabajo, ha depurado las notas que determinan su inclusión en el ámbito laboral.

Estos dos grandes bloques, el preventivo y el laboral, merecen una reflexión doctrinal sobre el papel regulatorio, disperso y ambivalente, del trabajador autónomo en la construcción, sobre su deslinde con el concepto de trabajador por cuenta ajena y, desde la perspectiva de la seguridad y salud, sobre su inserción, bien en el principio de tutela, bien en el de la asunción de obligaciones, más allá del deber de coordinación del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

**Abstract**

The self-employed workers in the construction industry present their own profiles. They are subordinated to the productive activity that develops: temporary workplace, emergence of a lot of risks, hazard´s maximum severity, and development of its professional activity in concurrence with other companies and self-employed workers, in a complex structure that highlight the figures of the promoter (owner entrepreneur of the workplace), contractor (main entrepreneur) and subcontractors.

The key question, on the preventive side, is the setting of the self-employed worker, well as an individual entrepreneur, well as assimilated to the employee, linked to a duty of protection from the main employer. This dilemma is especially important in construction, both as a sector that has served as a historical model appearance of so-called «false self-employed», as well as the special highlights of subordination of the construction profession, even in the assumptions which is not questioned the true legal nature of its statute.

On the other hand, at the working level, the figure of the false self-employed arises historically linked to behaviours of questionable legality in the construction activity. Self-employed workers perform the same tasks as employees. Both of them become similar perceptions and depend of the decision-making power of the the main entrepreneur. An extensive jurisprudence, which starts from the extinct «Labour Central Courts», has refined all the arguments that determine their inclusion in the work sphere.

These main global blocs, the preventive and the labour problems, deserve a doctrinal reflexion on the regulatory role of the self-employed worker in construction, dispersed and ambivalent. We have to analyse a better distinction with the concept of «employee» and, since the perspective of occupational safety and health, about his inclusion in the principle of tutelage, on the assumption of obligations, beyond the duty of coordination of article 24 of the Spanish Prevention of Occupational Risks Law.

**Palabras clave**: trabajador autónomo, construcción, prevención de riesgos laborales, falso autónomo.

**Key Words:** Self-employed worker, construction, labour prevention risks, false self- employed worker**.**

1. **Índice**

Página

1. Introducción……………………………………………………………………...5
2. El trabajador autónomo de la construcción. Su marco regulatorio específico......5
3. El «falso autónomo» en la construcción. Arranque histórico y

configuración actual…………………………………………………...…………7

1. Las fuentes del afloramiento de los falsos autónomos en la construcción………10
2. Manifestaciones cuestionadas de encuadramiento de trabajadores autónomos

 en las obras…………………………………………………………………..…12

1. La incidencia de los Trabajadores Autónomos Económicamente

Dependientes en el sector de la construcción………………….…...……………14

1. La seguridad y salud de los trabajadores autónomos en las obras.

 ¿Tutela o autotutela?...........................................................................................16

1. La formación preventiva de los trabajadores autónomos de la

construcción ……………………………………………………..............……..20

1. La inflación de trabajadores autónomos en la construcción……………………..23
2. Propuestas y conclusiones………………………………………………………24
3. **Introducción**

Para analizar la figura del trabajador autónomo en la construcción, desde un punto de vista jurídico-laboral, debe atenderse a sus múltiples vectores: su alta cifra en relación con el conjunto de afiliados al Sistema de la Seguridad Social en ese sector; su problemática, ligada a los perfiles de su actividad profesional, determinando históricamente que la conceptuación de «falsos autónomos» se vinculara en gran medida a dicho sector; la indeterminación del rango de obligaciones y derechos en materia de prevención de riesgos laborales, basculando en un equilibrio inestable que, bien le asimila al de los trabajadores por cuenta ajena, bien a la del empresario individual; la incidencia que ha tenido tanto en el ámbito civil (restricciones a la libertad de contratación) como de seguridad y salud, mediante la publicación de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSSC); la interferencia del marco regulatorio de esta Ley 32/2006, con la de los TRADE, desarrollada por vez primera en la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del trabajo autónomo (LETA), en su capítulo III; y la aplicación actual, analógica e insatisfactoria, de las prescripciones de seguridad y salud «institucionales» del Convenio General de la Construcción, como la posesión de la Tarjeta Profesional de la Construcción, o los itinerarios formativos en prevención de riesgos, a los trabajadores autónomos del sector.

Debe subrayarse que, no obstante estar el trabajador autónomo excluido del ámbito de aplicación y de las prescripciones que en el ámbito de la seguridad y salud laboral dispone el actual VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción para los asalariados (Tarjeta Profesional de la Construcción e itinerarios, módulos y acreditación de la formación preventiva), su inclusión por la vía de hecho es una realidad. Los trabajadores autónomos del sector solicitan la citada Tarjeta y, para ello, participan de los ciclos de formación preventiva que establece la norma convencional. A menudo, dicha inserción viene compelida por las exigencias del empresario principal en el marco de los mecanismos de las contratas y subcontratas. En todo caso, su encaje en la actividad de la Fundación Laboral de la Construcción (organismo mixto y paritario creado por el Convenio General de 1992) en materia de cualificación de la mano de obra y de seguridad y salud es, a menudo, polémico por su hibridación. El rol de empresario deudor de seguridad que le atribuyen los mercantilistas es contradicho por su posición tutelada en los mecanismos de las contratas, tal y como a menudo ratifica la doctrina judicial

1. **El trabajador autónomo de la construcción. Su marco regulatorio específico.**

El perfil borroso de la figura del trabajador autónomo descansa en una legislación prolija que establece diferentes conceptos de trabajador autónomo, con matices divergentes.

Ejemplifico lo dicho citando algunas normas que establecen una definición, directa o indirecta, de trabajador autónomo, con carácter no exhaustivo:

* + - La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).
		- La Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA).
		- El Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla la LETA en materia de trabajadores autónomos económicamente dependientes.
		- El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).
		- El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.
		- El Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24LPRL, en materia de coordinación de actividades empresariales (RDCAE).
		- La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSSC).
		- El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción (RDOC).
		- El VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (CGSC), publicado en el BOE de 26 de septiembre de 2017.

Arrancando, por ello, del derecho positivo, ha sido tradicional la referencia a la normativa de la Seguridad Social para acotar su ámbito. El artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, extiende el campo de aplicacióndel sistema de la Seguridad Social a los «trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años...». Y el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre el Régimen Especial de los Trabajadores Au­tónomos, establece en su artículo 2 que «se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquél que realizade 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».

Pero en la construcción, el hecho de contratar laboralmente a trabajadores, priva al trabajador autónomo de su condición, convirtiéndolo en contratista o subcontratista. Es evidente que su posición jurídica cambia radicalmente, y así, en el ámbito preventivo, pasaría de ser acreedor de seguridad (con matices) respecto del empresario, a ser, caso de proceder a la contratación de asalariados, deudor de seguridad, aplicándosele las obligaciones y responsabilidades propias del empresario en ese ámbito laboral y preventivo.

En efecto, el artículo 2.1.j) RDOC afirma que trabajador autónomo es 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. Añadiendo 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. En el apartado 2 recuerda que el contratista y el subcontratista tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Definición que es reproducida en el artículo 3 g) de la LSSC[[1]](#footnote-1). Llamo la atención sobre dos cuestiones: primera, la interdicción taxativa que establecen estas dos normas sectoriales de figuras intermediarias o de empresarios individuales pantalla en la construcción, puesto que se exige que el trabajador autónomo deba involucrarse con su organización productiva en la ejecución material, al menos de una parte de la obra, aportando directa y personalmente su trabajo; segunda, que la forma jurídica no puede ser un contrato laboral sino un contrato civil de arrendamiento de servicios, no siendo suficiente que formalmente responda a un contrato civil, cuando su contenido mantenga un clausulado de subordinación, falta de equilibrio y de control tal de la actividad del autónomo, que le identifique con un contrato laboral.

El trabajador autónomo (artículo 4.1.c. LSSC) debe ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado, por lo que se le demanda la ausencia de las dos notas más características de la relación laboral, la ajenidad y la dependencia y, asimismo, (artículo 5.1.e. LSSC) no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos. Lo que revierte en dos rasgos significativos en orden a mantener su estatuto de autónomo: no puede contratar asalariados, y le está vedada la subcontratación, con la excepción del supuesto adicional excepcional contemplado en la propia LSSC.

La modulación vista le aparta de la definición más amplia del trabajador autónomo contemplado en la LETA (artículo 1.1.): persona física que realice 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. Ya que ampara expresamente la capacidad de contratar trabajadores, poniendo el énfasis en la nota más característica, la falta de dependencia que trasladaría la expresión de estar fuera del ámbito de dirección y organización, como definición inversa a lo que sería contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores.

1. **El «falso autónomo» en la construcción. Arranque histórico y configuración actual**

La realidad social del trabajador autónomo en la construcción ha sido controvertida históricamente, a diferencia de la relativa modernidad de relaciones contractuales más novedosas incardinadas en los sectores de la economía colaborativa y social, y en algunas ocasiones ligada a la irrupción de nuevas tecnologías y de plataformas digitales. Tanto es así que la caracterización de la figura del falso autónomo ha ido ligada a este sector de la construcción y cincelada a golpe de resoluciones administrativas y judiciales.

La carencia de autonomía organizativa como factor principal de discernimiento de los denominados falsos trabajadores autónomos ya venía siendo subrayada por la autoridad laboral desde los años setenta del siglo pasado. Una resolución de la Dirección General de Trabajo de 26 de noviembre de 1979 (Ar. 972), exponía que «por lo que se refiere a la existencia de trabajadores que aparezcan como autónomos... debe tenerse presente que la noción de autónomos ha de ser la de aquella persona que aparece en el tráfico mercantil desarrollando una actividad propia e individualizada y concurriendo en él factores que den una idea de actividad mercantil propia y organizada».

Sabemos que el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores establece una presunción legal a favor del contrato de trabajo, 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 aquél (STS 17 enero 1991- RJ 1991, 58), lo que le confiere un alcance obvio, ya que estaremos ante un contrato laboral si se dan sus notas definitorias. En todo caso, es una presunción «iuris tantum», que puede destruirse mediante prueba en contrario. Otra consecuencia de esta presunción es que, en los supuestos de duda sobre la naturaleza del vínculo contractual, ésta debe calificarse como laboral de darse los condicionamientos de prestación de servicios ordenado por otro (como ya reconocían las sentencias de los extintos Tribunales Centrales de Trabajo de 1 de febrero de 1983 y 6 de diciembre de 1983). Y un tercer correlato es que la calificación que merezca el contrato será independiente del «nomen» o calificación jurídica que le den las partes, dependiendo exclusivamente de su contenido real[[2]](#footnote-2).

* 1. El criterio formalista

Es cierto que la normativa que determina el carácter dependiente o falsario del trabajador autónomo ha venido apoyada, y a veces inspirada, en la doctrina judicial. Ésta no ha sido uniforme y ha alternado criterios formalistas, hoy desaparecidos, con otros sustantivos, de rigor o laxitud no homogéneos, en función del análisis comparativo de las notas definitorias del contrato de trabajo con el supuesto de hecho concreto debatido. Opera comúnmente basándose en la presunción de contrato de trabajo (contenido en el Estatuto de los Trabajadores y antes en la Ley de Contratos de Trabajo, Decreto de 26.1.1944), desbrozando sus notas caracterizadoras, y comprobando si se dan en el caso de referencia. Pero es cierto que, en el pasado, una parte de la doctrina judicial sustentaba una tendencia indisimulada en no inquirir más allá de la letra de la ley y a obviar presuntos supuestos de fraude de ley, quizá ante las dificultades de prueba y de orden práctico que ello conllevaba[[3]](#footnote-3). Otras sentencias profundizaban algo más, pero sólo de una forma retórica, y contrastaban dos criterios, que se replicaban con frecuencia, a saber, la dependencia o falta de autonomía y, ligado con éste, si se trataba de una prestación de actividad o de resultado. Pero realmente dichos criterios quedaban probados con la aportación por la empresa de la documentación acreditativa de su estatuto de autónomo y de la testifical del propio trabajador por cuenta propia, declarándose como tal, sirviendo incluso para desmontar la presunción de veracidad de los hechos constatados por la Inspección de Trabajo[[4]](#footnote-4).

* 1. El criterio sustantivo

No obstante, ya desde los inicios del debate, ha existido otro corriente judicial, crecientemente mayoritaria, que a la hora de calificar la prestación de un trabajador autónomo como relación laboral encubierta, apela a la minuciosidad de la descripción de las tareas desarrolladas, y a la verdadera naturaleza de la relación obligacional con el comitente[[5]](#footnote-5). Así, el hecho de tener contratos de arrendamientos de diversas máquinas, y un contrato de arrendamiento de local de negocio, interpretado de forma conjunta con otros indicios, excluyen las notas de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo, dado que conforma una presunción de organización empresarial autónoma[[6]](#footnote-6). Sin embargo, la afiliación al RETA no es relevante si la remuneración es muy similar todos los meses y parecida a la que cobran los asalariados comparables, si el régimen de retribución es también similar (destajos)[[7]](#footnote-7). Tampoco si los trabajadores autónomos han concertado sendos contratos civiles o de arrendamiento de obra es suficiente, cuando las prestaciones deducidas de su actividad son subordinadas al poder de dirección del comitente y se producen indiferenciadamente con otros trabajadores asalariados en esa misma obra[[8]](#footnote-8).

* 1. Balance de una doctrina judicial

Mientras puede comprobarse que una línea jurisprudencial minoritaria y ya periclitada no exige otros requisitos para calificar a un trabajador autónomo que los meramente formales de afiliación a su Régimen Especial de la Seguridad Social, estar dado de alta en la Licencia Fiscal o IAE y, en su caso, estar en posesión del Documento de Calificación Empresarial (cuando estaba vigente), otra corriente jurisprudencial, mayoritaria y muy antigua, considera que «la naturaleza laboral de la relación no queda desvirtuada por no haber estado de alta en la Seguridad Social, circunstancia esta que ni sirve para afirmar ni para negar la existencia de un contrato de trabajo» (SS.TT.SS. de 19.4.65 y 12.2.66 y SS.TT.CC. de 5.7.74, 6.6.83, 11.6.85, 22.11.83 y 28.10.83).

 Y aboca a una depuración de los caracteres de la relación jurídica entre comitente y trabajador autónomo, sirviéndose del filtro de los artículos 1.1 y 8.1 ET, que enumeran los caracteres de la relación laboral, y la presunción, matizada, a favor ésta.

Como datos relevantes, suele aludirse a los títulos o manifestaciones indicativos de una organización productiva autónoma, y a los medios materiales, técnicos y humanos con los que cuenta. La aportación de presupuestos, previos a la adjudicación de los trabajos, la aportación de materiales (aunque hemos visto que no es un requisito decisorio, a tenor del artículo 1588 CC), o quién aporta los medios humanos auxiliares para el desempeño de la ejecución de la obra, son criterios que suelen tenerse en cuenta[[9]](#footnote-9). También es de interés como criterio de discernimiento si el contrato civil que liga a las partes contiene alguna cláusula penal de sanción o descuento de las certificaciones en caso de incumplimiento de los pactos suscritos (calidad, plazo, etc.)[[10]](#footnote-10)

Habría, por ello, dos factores claves para determinar la existencia de una relación laboral encubierta: las circunstancias concurrentes, y el análisis de los requisitos del artículo 1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[[11]](#footnote-11).

1. **Las fuentes del afloramiento de los falsos autónomos en la construcción**

Los puntos de anclaje que despliegan la patología jurídica de los falsos autónomos en el sector de la construcción, suelen obedecer a tres grandes bloques de causas:

1. Hay un acta de infracción y/o de liquidación por parte de la Inspección de Trabajo, que desemboca a veces en demanda de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social ante la jurisdicción social.

Los tribunales suelen valorar conjuntamente los hechos, concluyéndose, en su caso, con la procedencia de las sanciones impuestas y con la obligación o no de afiliación y alta en el régimen general de la seguridad social, cuando se dan las notas de dependencia y ajenidad propia del contrato laboral. Datos que se barajan son el modo y las remuneraciones que se facturan, así como quién las elabora y gestiona la actividad administrativa, la existencia de un seguro de responsabilidad civil, la aportación de equipos de trabajo y materiales, o el horario[[12]](#footnote-12).

1. Hay una ruptura de la relación contractual de prestación de servicios que culmina en una demanda laboral por despido.

El trabajador suele argumentar que la relación que mantenía con la empresa sólo formalmente se articulaba como mercantil, por reunir los caracteres del contrato de trabajo (artículo 1.1 ET), vulnerándose la presunción de laboralidad del artículo 8 del Estatuto y el principio laboral «in dubio pro operario», encontrándose en el círculo rector y organicista de la mercantil[[13]](#footnote-13). La prueba se facilita si el trabajador (por ejemplo, un encargado) venía prestando servicios mediante contrato laboral de obra o servicio determinado y posteriormente se da de alta en el RETA y en el IAE en actividad de albañilería y trabajos de construcción para la misma empresa. Deberá acreditarse que el cambio de encuadramiento encubre una mera apariencia formal que impone la empresa, o que, a pesar del cambio de régimen, esté realizando las mismas funciones con los mismos parámetros de sujeción al círculo organicista y rector del empresario cliente[[14]](#footnote-14). En otras ocasiones, es un conjunto de indicios (forma de contraprestación, que no guarda relación con certificaciones de la obra ejecutada, horario, indiferenciación del trabajo realizado respecto de los asalariados concurrentes, utilización del vehículo de la empresa) lo que determina la subordinación y ajenidad de la relación contractual, calificándose de despido la resolución que insta el empresario[[15]](#footnote-15).

1. El trabajador autónomo sufre un accidente en el trabajo, produciéndose una reclamación de éste para se le reconozca una relación laboral con el comitente, lo que le permitirá cobrar algunas prestaciones e indemnizaciones y mejorar las cuantías a las que ya tuviera derecho como trabajador autónomo.

El trabajo idéntico con el resto de la plantilla, su calificación en el contrato de arrendamiento de servicios como Oficial 1ª, y la percepción de una retribución por día trabajado, muy similar a la del salario diario del convenio colectivo de referencia, son datos que inducen a la calificación como falso autónomo[[16]](#footnote-16). Otro dato de interés, cuando hablamos del subsector de la excavación, es la averiguación de la titularidad de la máquina[[17]](#footnote-17).

Por otro lado, no parece desdeñable indagar en la responsabilidad del trabajador autónomo, cuando contrata a otros trabajadores autónomos como trabajadores, que finalmente son calificados como falsos autónomos. En este caso, el trabajador autónomo se convierte, finalmente, en empresario contratista o subcontratista, y se le aplica todo el rango de obligaciones y responsabilidades en materia preventiva, como deudor de seguridad de los falsos autónomos. Como consecuencia de la calificación de laboralidad de la prestación, el trabajador autónomo contratante podría sufrir la imputabilidad de diferentes responsabilidades, así, abonar el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (responsabilidad administrativa en materia de seguridad social), ser sujeto activo de un delito contra la seguridad de los trabajadores en concurso con otro de lesiones u homicidio imprudente (responsabilidad penal), y hacerse cargo del pago de la indemnización que como mejora voluntaria de las prestaciones de seguridad social fije el convenio colectivo de la construcción (responsabilidad convencional) [[18]](#footnote-18).

1. **Manifestaciones cuestionadas de encuadramiento de trabajadores autónomos en las obras**

Comenzaremos por la plasmación más novedosa del fenómeno polémico de adscripción de trabajadores autónomos a las obras: las cooperativas de trabajo asociado y el encuadramiento masivo de trabajadores autónomos en las fórmulas de economía social.

El artículo 80 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, conceptúa las cooperativas de trabajo asociado como las que dan trabajo a sus socios a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios, para terceros. Así, considero que para discernir el fin cooperativo del fraudulento debemos atender a ese denominado fin cooperativista, a la organización común solidaria entre todos los cooperativistas, y no a la conversión de la entidad como mecanismo para eludir el cumplimiento de la norma laboral y de las cargas sociales. Las cooperativas, además, gozan de notables beneficios fiscales, lo que hace más reprochable el uso adulterado de su fin social para competir ventajosamente en el mercado eludiendo el cumplimiento de las reglas[[19]](#footnote-19).

En otros sectores, como el de las industrias cárnicas, se han producido fenómenos de contratación de arrendamiento de servicios en mataderos, en la que la cooperativa se encarga de realizar las tareas de producción a través de sus socios trabajadores, insertos en el RETA. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona, de 20 de octubre de 1999, confirma las actuaciones de la Inspección de Trabajo, en base a hechos indiciarios relevantes para la resolución del caso: la empresa comitente no tiene personal propio para realizar esta actividad de matacía, y todo el personal de producción es de la empresa cooperativa, aunque ésta no es propietaria de los medios de producción, no tiene poder de decisión ni control de la actividad, deduciéndose una relación laboral directa entre la empresa comitente y los socios cooperativistas[[20]](#footnote-20).

 En la construcción, el fenómeno abusivo de la contratación masiva de falsos autónomos a través de cooperativas de trabajo asociado (como figura de intermediación de la mano de obra) es menos utilizado, pero está comenzando a emerger, precisamente al socaire de las experiencias recientes en otros sectores, como la industria agroalimentaria. Bajo el subterfugio de la contribución a la economía social, podemos adelantar las siguientes consideraciones: algunas de esas cooperativas funcionan en la realidad como auténticas sociedades mercantiles. No funcionan como tales cooperativas sino sólo aparentemente, y de hecho prescinden de dar cumplimiento a los derechos de los socios, inherentes a dicho fin social: no se convocan a los socios a las Asambleas, o éstas son meros formulismos, no se les da opción de ser electores o elegibles para los cargos en los órganos sociales, no hay participación alguna en las actividades de la cooperativa, no reciben información sobre la marcha económica o funcionamiento de la cooperativa, no hay retorno económico en caso de beneficios, etc. (artículo 16 de la Ley 27/1999, de 16 de julio). Su condición de socios trabajadores afiliados en el RETA suele ser ficticia. Enmascaran una relación laboral no declarada, y la propia contraprestación que se recibe en ocasiones es inferior al salario comparable de un trabajador por cuenta. Ello, unido al ahorro de cotizaciones sociales a cargo de la empresa, y la eliminación de los costes de la resolución del contrato, produce una situación competitiva distorsionada y fraudulenta que la hace posicionarse ventajosamente en un mercado precario y desestructurado.

Sigue siendo, sin embargo, más frecuente al día de hoy que esta línea quebradiza de contratación irregular se presente mediante la contratación individualizada o grupal, pero serializada y directa de autónomos para las obras, encubriendo una relación laboral. A efectos de determinar posibles infracciones, las denominadas «cuadrillas de autónomos», como se las conoce comúnmente, suelen expresar un fenómeno típico de fraude laboral. Escapando del fenómeno habitual de que sea el empresario subcontratista quien cuente a su servicio con una plantilla de trabajadores por cuenta ajena, resulta frecuente detectar a grupos de trabajadores que casi siempre reúnen los requisitos de estar en alta en el régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos y en el IAE, que se ofrecen en las obras como trabajadores por cuenta propia, a veces bajo la dirección de un «encargado» o jefe de cuadrilla y que ejecutan, en realidad, prestaciones muy similares o idénticas a las que realizan los asalariados, confundidos a menudo con los integrantes de la plantilla de la empresa constructora. Los indicios de fraude aumentan si la subcontratación se realiza simultáneamente con varios trabajadores autónomos para la ejecución de una misma unidad de obra o grupos de unidades homogéneas.

Respecto de las empresas, descapitalizadas de personal y que realizan las obras acudiendo al servicio de trabajadores autónomos, conviene reflexionar si se están aplicando con rigor los mecanismos de control establecidos en la Ley de Subcontratación, a la luz de su proliferación en el actual estadio de reactivación de las obras. La presencia masiva de trabajadores autónomos en un entramado enmarañado de contratas y subcontratas, con empresas-pantalla, es, desde luego, un indicio potente de devaluación de la Ley de Subcontratación.[[21]](#footnote-21)

De hecho, la presunción de fraude es muy grande, a mi juicio, en estos supuestos, que suelen ser habituales en algunas obras:

* Cuadrillas de autónomos: un contratista o subcontratista siempre con los mismos trabajadores autónomos, en todas las obras, sin tener personal laboral de obra a su cargo. Se trataría de una plantilla encubierta.
* Obra totalmente subcontratada con autónomos: la totalidad de la obra se subcontrata con trabajadores autónomos sin que haya en la misma ningún trabajador por cuenta ajena. No existiría en puridad poder de dirección alguno sino sólo indicaciones técnicas. ¿Nadie depende de nadie?
* Realización de la misma actividad por personal laboral y tra­bajadores autónomos: en una obra, el trabajador por cuenta ajena y el autónomo realizan idéntica labor sin distinción alguna, incluido el horario.
1. **La incidencia de los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes en el sector de la construcción**

Interesa subrayar que la regulación de los TRADE no pretende amparar la impunidad de conductas ilícitas y que dicha condición de TRADE no se presume ni tiene calificación automática, requiriéndose consentimiento expreso por las partes para su vinculación a este régimen jurídico (STSJ del País Vasco de 24 de marzo de 2009, recurso núm. 3069/2008). Tampoco puede existir una novación u opción contractual que reconvierta trabajadores, falsos autónomos, automáticamente en TRADE (STSJ del País Vasco de 13 de octubre de 2009, en el Rec. 1885/2009).

La afiliación al RETA tampoco constituye ciertamente un requisito suficiente si el trabajo de estos profesionales es ordenado por la empresa comitente, que establece el horario, programa la actividad, supervisa y controla la calidad del servicio, y establece las retribuciones (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 14 de marzo de 2013, en el recurso núm. 1462/12) [[22]](#footnote-22). Pues el régimen jurídico del contrato TRADE no se aplica a quienes reúnen los requisitos constitutivos sino a quienes, reuniendo la condición de autónomos, conciertan un contrato de esta naturaleza[[23]](#footnote-23).

Deben acreditarse indicios razonables de autonomía funcional y organizativa para, en la fina línea que separa la prestación del trabajador autónomo económicamente dependiente del trabajador por cuenta ajena, poder decantar la balanza hacia el primero. Pues si, del análisis del caso, se comprueba que las notas características de la prestación son propias de un régimen dependiente, habrá que presumir la existencia de un trabajo asalariado[[24]](#footnote-24).

En definitiva, el TRADE no puede amnistiar jurídicamente una figura ilícita, como es el caso de un falso autónomo que enmascara un trabajador por cuenta ajena encubierto. La prueba de la dependencia económica (75% de los ingresos de un solo cliente), lógicamente ha de acreditarse, pero por sí mismo esta pseudo-exclusividad económica no obsta para que el trabajador autónomo económicamente dependiente deba tener una organización empresarial autónoma[[25]](#footnote-25).

En cualquier caso, los TRADE en construcción están siendo puestos en entredicho, impugnando su régimen jurídico, a través de la labor inspectora y consiguientes demandas de oficio de la TGSS, que traen causa de actas de liquidación (por falta de afiliación y alta) y de infracción contra la empresa contratante. Así, la STSJ de Asturias de 22 de enero de 2019, en el Recurso núm. 2642/2018. El TRADE investigado emitía facturas mensuales bajo el concepto de trabajos de albañilería por importe de 1.500 euros netos, sin especificar trabajos realizados u obra referenciada. Desde hace tres años al menos los trabajos los realiza siempre para la misma empresa. Aparece el horario como relevante ya que ambos trabajadores, afiliados al RETA, se encontraban echando hormigón sobre la cubierta del edificio, y desempeñaban el mismo horario que el resto de los trabajadores de la obra, de 8 a 18 horas con media hora para el desayuno y una hora para la comida. Otros indicios que soportan esa presunción de laboralidad, es que, en la visita de la Inspección de Trabajo, los dos autónomos manifiestan, a preguntas de la Inspección, que habían sido contratados para realizar los trabajos propios de albañilería, sin ningún tipo de especialidad, y ambos estaban realizando la prestación de servicios en las mismas condiciones que el resto del personal por cuenta ajena de la empresa. Por otra parte, todo el material, hormigón y maquinaria, se proporciona por la empresa cliente y los autónomos sólo aportan herramienta de mano. Finalmente, no tenían suscrito ningún aseguramiento de su responsabilidad civil, con el que cubrir posibles daños y perjuicios de su actividad[[26]](#footnote-26).

No cabe duda que la figura del TRADE puede existir en el sector de la construcción, como en cualquier ámbito de la actividad productiva. Sin embargo, no ha existido la necesidad de un uso estandarizado y masivo de esta figura, relativamente novedosa, frente a tradicionales estereotipos, a menudo de configuración borrosa entre el estatuto laboral y el de cuenta propia, confusión que los perfiles del TRADE contribuye a alimentar. Lo que no es de recibo es la consideración del TRADE como una regularización o legalización de los falsos autónomos. Se ha incidido, en efecto, en una de las notas, la autonomía económica, pero debe cumplir el resto de caracteres. Así, el TRADE primero debe ser trabajador autónomo, debiendo descartarse la desnaturalización o fraude de su figura

Con todo, ya se ha apuntado que el TRADE se semeja ciertamente al autónomo del sector de la construcción, y, con excepción de la dependencia económica de un solo cliente, la prohibición de subcontratar y la de contratar trabajadores por cuenta ajena hace pensar en la conveniencia de estudiar un futuro estatuto del trabajador autónomo en la construcción, cohonestando lo dispuesto en el RD 1627/1997, en la Ley 32/2006, y en el propio artículo 11 de la Ley 20/2007.

1. **La seguridad y salud de los trabajadores autónomos en las obras. ¿Tutela o autotutela?**
	1. El derecho a la tutela preventiva de los trabajadores autónomos

En esta perspectiva de la prevención de riesgos laborales aplicativa al trabajador autónomo en la construcción, partimos de una regulación específica y sectorial, contenida en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en obras de construcción (RDOC), que asimila, en bastantes de sus preceptos, el tenor de sus obligaciones a las de un trabajador por cuenta ajena. Son el contratista y el subcontratista los que tienen la consideración de empresarios. «Sensu contrario», no lo son los trabajadores autónomos, cuando no tengan trabajadores por cuenta ajena a su servicio. Así, lo corrobora también la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción (LSSC). Tanto es así, que la citada norma veda a los autónomos sin asalariados su inscripción el REA, destinado a las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas en una obra (artículo 3.1 Real Decreto 1109/2017).

Sabemos, además, que un falso autónomo es un trabajador que aparece en el mercado de bienes y servicios bajo la apariencia de un trabajador por cuenta propia, a menudo cumpliendo los trámites formales fiscales y de régimen especial de la Seguridad Social, contratado mediante vinculo mercantil por un empresario cliente, encubriendo, sin embargo, la realidad de un trabajador por cuenta ajena. A menudo, la realidad subyacente económica deriva en que la empresa contratante obliga al empleado a darse de alta como autónomo (lo que significa que opera como empresario individual) cuando, en realidad, trabaja únicamente para aquélla, en su círculo organicista y bajo su dirección.

En la actualidad, al menos en la actividad constructora, la conflictividad sobre su correcto encuadramiento permanece en términos muy altos. Recientemente, se ha pronunciado el Alto Tribunal de forma positiva sobre la relación laboral encubierta de trabajadores autónomos-instaladores de ascensores, gremio muy vinculado con el sector de la construcción, en el marco de un denominado contrato marco de colaboración para la ejecución de obras (STS 24 enero 2018, en el Recurso núm. 3595/15), en la que se ha calificado, asimismo, por ejemplo, a los instaladores de ascensores de la empresa Zardoya Otis, como trabajadores por cuenta ajena[[27]](#footnote-27).

En estos supuestos de falsos autónomos, es especialmente patente la falta de tutela laboral sufrida, al privársele de los derechos laborales y de cotización a cargo del empresario, pero también en materia de prevención de riesgos laborales, pues el empresario principal habrá omitido cualquier deuda de seguridad contraída al no existir contrato de trabajo, y seguramente habrá adoptado igualmente una conducta omisiva en ese ámbito de la seguridad y salud, también como trabajador nominal por cuenta propia, pues su descalificación indebida como asalariado ha sido para ahorrarse cargas y responsabilidades, no para asumirlas en cualquier caso.

* 1. La tutela civil

Ahora bien, ¿un trabajador autónomo lesionado en un accidente de trabajo puede pedir responsabilidad civil a los técnicos, dirección facultativa, por la causación del accidente o prima la obligación de autotutela de este empresario individual? La jurisprudencia no es unánime, y de nuevo hace depender la solución del estudio pormenorizado del caso concreto.

 En la STS (Sala de lo Civil) de 27 de septiembre de 2007 (sentencia núm. 957/2007), un trabajador autónomo estaba colocando unas placas prefabricadas de hormigón en una nave cuando se desmoronó la estructura sobre la que se ponía las placas, sufriendo este trabajador diversas lesiones y secuelas. La estructura no era lo suficientemente sólida para sustentar las placas, siendo el trabajador autónomo responsable de la colocación de las mismas. El TS descarta que proceda el abono de responsabilidad civil extracontractual, amparándose en cierta tesis mercantilista que identifica al trabajador autónomo como dueño de su empresa y por ello debe adoptar las medidas de seguridad como autónomo ya que no depende de superior alguno.

Conclusión contraria estableció la STS (sala Civil) de 7 de abril de 2006, en la que se condena a pagar al trabajador autónomo una indemnización por las lesiones producidas en un accidente laboral, dado que «el hecho de que el trabajador sea autónomo no exime de responsabilidad a la empresa contratista, ya que es a ésta a quien le compete la obligación de cuidar que en la obra existan todos los elementos de seguridad colectivos». La independencia y la igualdad real en las relaciones jurídicas entre contratista y trabajador autónomo no existen, siendo una relación asimétrica.

Además, la consideración de falso autónomo «a posteriori», cuando lo declare una resolución judicial, tiene una relevancia sustancial en las indemnizaciones, por ejemplo, derivadas del no cumplimiento de las normas de seguridad de la contratista. Así, cuando la no entrega de equipos de protección individual contribuye poderosamente a las consecuencias lesivas del accidente, y ello aun cuando en la cuantía civil pueda descontarse un porcentaje si el propio trabajador ha favorecido también con su negligencia al accidente[[28]](#footnote-28).

* 1. La tutela penal

La posición de garante del empresario principal puede tener incluso trascendencia penal, y en este sentido podríamos considerar al trabajador autónomo como sujeto pasivo del delito contra la seguridad de los trabajadores de los artículos 316 y 317 CP, y ello a pesar de que la doctrina judicial mayoritaria sostenga que la responsabilidad penal sólo se aplica a los sujetos pasivos trabajadores, porque así reza el título XV, «de los delitos contra los derechos de los trabajadores», y porque el propio artículo 316 habla de trabajadores, lo que remitiría a la definición del Estatuto de los Trabajadores del artículo 1.1 y al ámbito de aplicación de la LPRL, que no contempla con carácter general al autónomo en su ámbito de aplicación (artículo 3.1).

No sustento esa tesis en tanto significa que deban impunes penalmente todas las omisiones en materia de coordinación y cooperación recogidas en el artículo 24 LPRL, que sí que recoge la figura del autónomo, o el propio artículo 8.3. y 4 LETA, con el deber de vigilancia explicitado que tiene como sujeto de protección al autónomo, debiendo considerarse que este precepto forma parte de las «normas de prevención de riesgos laborales», en que se incluye el artículo 316 CP. El empresario titular del centro de trabajo debe, así, impartir información e instrucciones a los autónomos en el ámbito de los riesgos y de las medidas de prevención y protección (artículo 24.2 y 5 LPRL). Si la posición de garante del empresario de la construcción en el ámbito penal, incluye las manifestaciones dimanantes del deber de coordinación y aun de vigilancia, debería ser indiferente la condición de trabajador por cuenta ajena o propia del trabajador accidentado (SAP de Guipúzcoa núm. 463/2009, de 23 de diciembre). Por ello, a mi juicio, también los trabajadores autónomos pueden ser sujetos de tutela penal por infracción de los artículos 316 y 317, y ello respecto de los sujetos activos potencialmente imputables «legalmente obligados», es decir, con un estatus decisorio suficiente en el organigrama de la empresa[[29]](#footnote-29).

Con todo lo dicho, y en el examen jurisprudencial realizado, destaca un hecho que refuerza la posición de garante del empresario, también cuando el accidentado o víctima de esta falta de medios necesarios para salvaguardar la seguridad y salud es trabajador autónomo: el hecho de identificar estas carencias como falta de medios de protección colectiva e individuales[[30]](#footnote-30). La falta de requerimiento al autónomo sobre la adopción de medidas generales de seguridad, que afectaría a todos los gremios, subcontratas y autónomos, impide que se le pueda considerar un «tercero». No sería, pues, una ampliación del tipo penal, que no admite analogías, y del que sería deseable alguna modificación que recogiera esta protección del trabajador autónomo sin asalariados, sino que la falta de medidas de seguridad suficientes para proteger la vida o la integridad física, podía afectar a todo aquél que estuviera trabajando. Es la inserción en el organigrama de la obra desarrollando un trabajo personal, directo y habitual, ya sea por cuenta ajena o propia, el que lo haría merecedor de protección y potencial sujeto pasivo de los artículos 316 y 317 CP.

* 1. La tutela debida en el sector de la construcción

Pues es lo cierto, como corolario de lo expuesto, que la difuminación de las obligaciones empresariales en relación con los trabajadores autónomos, a los que no se les aplica, con carácter general, la Ley de Prevención, con excepción de las obligaciones del artículo 24, ha incentivado históricamente la contratación masiva de trabajadores autónomos como cierre de las cadenas de subcontratación. En efecto, la controversia doctrinal y jurisprudencial sobre el papel del trabajador autónomo en el marco de los derechos y obligaciones en prevención de riesgos laborales, si como sujeto que tiene un deber de autoprotección, o como pieza de un engranaje más amplio de descentralización productiva sobre el que el autónomo carece de control, siembra dudas razonables sobre su estatuto, acrecentadas por el desempeño creciente de prestaciones propias de un trabajador autónomo dependiente o incluso falso. De ese estadio ambivalente y de la creencia errónea e interesada de la ausencia de obligaciones preventivas del comitente respecto del trabajador por cuenta propia (reforzada por contratos de arrendamiento de obra abusivos y nulos, por violación de las normas imperativas), parece aprovecharse en la construcción la tendencia imparable a la contratación masiva de trabajadores autónomos, (desde la Ley 32/2006, como último escalón de la cadena de subcontratación, al no permitirle subcontratar).

Llama la atención como precepto clave el artículo 12 RDOC, que establece las obligaciones del trabajador autónomo en las obras de construcción[[31]](#footnote-31). Además, los trabajadores autónomos deberán cumplir lo establecido en el plan de seguridad y salud. De lo que se colige obligaciones genéricas que afectan al conjunto de operadores intervinientes, cumplir los principios de la acción preventiva, cumplir las disposiciones materiales en seguridad y salud durante la ejecución de la obra, actuar integrándose en los deberes de coordinación del artículo 24 LPRL, utilizar equipos de trabajo ajustados al RD 1215/1997, o elegir los epis de acuerdo también con la legislación aplicable (RD 773/1997). Todas las empresas y trabajadores deben atender, obviamente, las indicaciones del coordinador de seguridad y salud, como autoridad preventiva en la obra, y también deben cumplir lo dispuesto en el plan de seguridad. Nada excesivamente resaltable salvo el apartado c), que da una idea muy aproximada del espíritu de la norma de cuasi equiparación en materia preventiva del autónomo con el asalariado: debe cumplir las obligaciones preventivas a las que está sujeto el trabajador por cuenta ajena, por remisión que se hace al artículo 29.1 LPRL[[32]](#footnote-32).

1. **La formación preventiva de los trabajadores autónomos de la construcción.**

Los trabajadores autónomos sin trabajadores por cuenta ajena a su cargo desempeñan un rol ambiguo y acabalgado entre el estatuto de asalariado y el de empresario. Un número estimable de estos trabajadores autónomos en las obras sin organización productiva conocida y sin autonomía funcional respecto del empresario principal, refuerza ese estatuto difuminado. Esto no es un mero juicio de valor, sino que viene avalado por la numerosa doctrina judicial (alguna muestra de la cual incorporo en este trabajo) que disecciona la patología de la seguridad y salud laboral en las obras, analizando la relación laboral encubierta de los trabajadores autónomos cuando se produce un accidente laboral en la obra.

Para salvaguardar la responsabilidad del empresario principal en su deber de vigilancia que le obliga el artículo 24.3 LPRL, lo que comporta una responsabilidad solidaria por los incumplimientos en materia de seguridad y salud de los subcontratistas en su centro de trabajo, éstos deben procurar a los trabajadores la formación preventiva obligatoria prevista en el Convenio General del Sector. Una forma de acreditar la formación preventiva, si bien no la única, es la Tarjeta Profesional de la Construcción (TPC), creada en el Convenio General de la Construcción[[33]](#footnote-33).

Otra cuestión de sumo interés es si esta finalidad de la TPC, que es, entre otras, la de servir de medio de acreditación de la formación específica del sector en materia de prevención de riesgos, comporta medio preferente de contratación frente a quién no la tenga, dado que reporta una ventaja competitiva del trabajador que la obtiene, en virtud de la cualificación profesional que acredita.

Y otro planteamiento ciertamente atractivo es la determinación de si esa formación preventiva y la obtención correspondiente de la Tarjeta puede exigirse a los trabajadores autónomos. No está contemplada su expedición para los autónomos en el VI Convenio General de la Construcción (BOE 26 de septiembre de 2017), ni en las anteriores redacciones, porque se reserva a los trabajadores que prestan servicios laborales para las empresas[[34]](#footnote-34). El problema se deriva en relación con los trabajadores autónomos que realizan trabajos de oficios tradicionales al servicio de empresas clientes. Ahí, ciertamente, debemos acudir de nuevo a la praxis, constatando cómo no es infrecuente que el empresario principal exija al trabajador autónomo los mismos requisitos organizacionales preventivos que a los asalariados de sus subcontratistas: formación preventiva de acuerdo con los módulos, duración, categoría y especialidades del Convenio Colectivo, Tarjeta profesional de la Construcción, e incluso reconocimientos médicos con conclusión de apto. Condicionantes que no tienen excesivo fundamento legal, pero que serían válidos desde una exigencia contractual.

En todo caso, confirma la especialización que sustento de los rasgos del trabajador por cuenta propia de la construcción, a menudo mucho más contaminado de las funciones y características del asalariado, sobre todo desde la óptica de control documental y de gestión preventiva del empresario principal. El déficit parece claro en cuanto a un Acuerdo de los agentes sociales que no existe para determinar las especialidades correspondientes a los trabajadores autónomos de las obras, incluyendo la expedición de la TPC, que actualmente la Fundación Laboral de la Construcción sí les expide, pero de forma voluntaria, a su instancia[[35]](#footnote-35).

Aunque, realmente, deberíamos trascender del asunto particular de la TPC para preguntarnos lo siguiente: ¿hay motivos legales para excluir al trabajador autónomo de la obligación de supervisión de la formación preventiva por parte del empresario principal? No lo parece, a tenor del artículo 10.1 de la Ley 32/2006, ni del artículo 12.1 de su desarrollo reglamentario, el RD 1109/2007.  Las empresas, se dice en la Ley, «velarán por que todos los trabajadores que presten servicios en las obras tengan la formación necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función en materia de prevención de riesgos laborales, de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos». No se habla de «sus» trabajadores (de las empresas), ni de los trabajadores por cuenta ajena, ni de los trabajadores de la contratista o subcontratista. Por tanto, bien pudiera incluirse, en el término genérico de trabajadores, a los que lo son por cuenta propia[[36]](#footnote-36), siempre y cuando éstos no tengan asalariados a su cargo, pues entonces devienen en condición de contratistas o subcontratistas, a los efectos de la Ley.

Con todo, si estamos de acuerdo en asignar a la LSSC un prurito en orden a diligenciar de forma más rigurosa para el sector de la construcción tanto la exigencia de la formación preventiva, por los riesgos especiales de la actividad, como la acreditación de ésta en relación con todos los que prestan servicios en las obras, entiendo que, a mi juicio, dicho deber se extiende también a los trabajadores autónomos de la construcción. Éstos suponen un tercio del total de la población afiliada en el sector, y no debieran quedar al margen de la operatividad de la formación preventiva, so pena de no garantizar el cumplimiento cabal de las normas sectoriales en esta materia. Cuestión distinta es que obliguemos a contratistas y subcontratistas a proveer a su costa esa formación preventiva de los autónomos, ya que ese deber sólo lo tienen respecto de sus trabajadores asalariados, como manifestación de la deuda de seguridad que trae causa del contrato de trabajo. El empresario comitente debe supervisar el cumplimiento de las exigencias del artículo 12.1.c) RDOC por parte del trabajador autónomo, es decir, «cumplir las obligaciones en materia de prevención de riesgos que establece para los trabajadores (por cuenta ajena) el artículo 29, apartados 1 y 2, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». El trabajador autónomo responderá de esa formación preventiva, y el comitente deberá fiscalizar que la tiene, como condición para el acceso en el centro de trabajo, y para evitar responsabilidades solidarias del artículo 42.3 LISOS en relación con el artículo 24.3 LPRL, pero sin obligación de financiarla[[37]](#footnote-37).

Como se ha dicho con acierto, no se entendería que la Ley 32/2006 prescindiera en su regulación del deber de vigilancia de los trabajadores autónomos en la acreditación de la formación preventiva, y aun en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, cuando para operar válidamente en el sector, y estar inscrito en el REA, se exige a las empresas contratistas y subcontratistas el cumplimiento de acreditación de la formación preventiva de los trabajadores, insertado en los requisitos de calidad y solvencia del artículo 4 LSSC. La omisión a cualquier tipo de fiscalización respecto de la formación preventiva no se entendería, y, en cualquier caso, estaría comprendida en los deberes de información recíproca, coordinación y cooperación del artículo 24 LPRL y artículo 10 RD 171/2004, de coordinación de actividades empresariales[[38]](#footnote-38).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 209/2012, de 29 de noviembre[[39]](#footnote-39), condena a un empresario por la vía penal por el accidente laboral de un trabajador autónomo que lleva prestando sus servicios durante tres años, y que se lesiona gravemente cuando la cuchilla de una sierra le alcanza la mano. Lo fundamental de esta sentencia son dos cuestiones cruciales: primero, la invocación del artículo 8.4 LETA, y la posición de garante que se impone al empresario en la adopción de las medidas de protección del autónomo, en base al deber de vigilancia ahí establecido; segundo, que el empresario organiza un curso preventivo de 60 horas, obligatorio, para su plantilla, y el autónomo, con el asentimiento del empresario, declina la invitación de asistencia debido a su condición de autónomo. El empresario, se dice, debió ser consciente de sus responsabilidades exigiendo el cumplimiento de las normas de seguridad, también al autónomo, incluyendo aquí el deber de formación, que ya vemos que trasciende de lo dispuesto en el Convenio Colectivo, para ampararse directamente en el artículo 8.4 LETA, siendo, además, complemento normativo de lo dispuesto para las obligaciones que el trabajador autónomo de la construcción tiene asignada en el artículo 12 RDOC, identificadas paladinamente con las del artículo 29 LPRL, que hace relación a los deberes preventivos de los trabajadores por cuenta ajena.

1. **La inflación de trabajadores autónomos en la construcción**

Su florecimiento en el mercado laboral de las obras es particularmente notable en los periodos de crisis, y mengua cuando la actividad del sector es más dinámica. Sin embargo, con la actual reactivación de la construcción, el mercado da síntomas de cronificación y no apunta a una bajada del número de trabajadores por cuenta propia. Su número, porcentualmente, sigue siendo muy superior al de antes de la última crisis, y se apuntala como fórmula de autoempleo, muchas veces activada por el mercado y no por la búsqueda de mayor autonomía o mayores ingresos.

En efecto, los trabajadores autónomos de la construcción han crecido porcentualmente tras una década de crisis excepcionalmente aguda y prolongada en nuestro país, que se cebó especialmente en la construcción.

**TRABAJADORES AFILIADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | Trabajadores por cuenta ajena | Trabajadores autónomos | Total | % de autónomos sobre el total de afiliados |
| Marzo 2019 | 872.508 | 380.065 | 1.252.573 | 30,3% |
| Marzo 2008 | 1.924.512 | 593.303 | 2.517.815 | 23,5% |

Con datos de la Seguridad Social, la afiliación en marzo de 2019 en construcción alcanzaba la cifra de 1.252.573 personas, de las cuales 380.065 eran trabajadores autónomos, lo que supone un 30,3% del total. Por ello, podemos afirmar que uno de cada tres trabajadores de las obras de construcción es autónomo. Sin embargo, en marzo de 2008, en el umbral de la crisis, pero antes de que cayera el número de trabajadores significativamente, había 2.517815 trabajadores afiliados al Sistema, siendo autónomos 593.393, sólo un 23,5%. Parece, con ello, que, aun en el actual panorama de reactivación del sector, pero también de cambio de las relaciones laborales y de huida del Derecho Trabajo, se apuntala una alta tasa del emprendimiento por necesidad o forzado.

De hecho, la proliferación de los trabajadores autónomos en las obras ha hecho saltar ya alarmas múltiples, integrando a la Inspección de Trabajo, a la propia patronal del sector y a los sindicatos. Sobre todo, cuando estos trabajadores por cuenta propia sustituyen indebidamente mano de obra asalariada bajo una cobertura empresarial fraudulenta, con el objeto de abaratar costes de producción, introduciendo una distorsión de la competencia, y perjudicando así a las empresas que cuentan con una plantilla de trabajadores, con un coste adicional de cargas sociales del 30%.

En Asturias, se ha firmado el 5 de abril de 2019 la prórroga del Convenio de colaboración para la vigilancia de la contratación en la construcción, firmado originariamente en 2017, y que han suscrito Dirección General de Trabajo, patronal del sector, UGT y CCOO. Se denuncia el abuso de la contratación de falsos autónomos en las obras del Principado, con implicaciones graves en materia de prevención de riesgos laborales. El falso encuadramiento, se dice, es caldo de cultivo del fraude empresarial y de competencia desleal. Se denuncia la incorporación de falsos trabajadores autónomos en las obras con coste inferior al que tendría un trabajador por cuenta ajena al que se la aplicara el convenio colectivo.

En realidad, se dice, algunos promotores o contratistas contratan directamente autónomos a precios muy inferiores al coste salarial real, para ahorrarse costes, aprovechándose de la necesidad de trabajar que tienen las personas en paro. El alta en el régimen de trabajadores autónomos se convierte ilegítimamente en un requisito para ser contratado, desplazando, eso sí, el riesgo de la prestación al propio trabajador, y remunerándole por debajo de lo que sería una ganancia mínimamente razonable para un empresario individual.

Con ello, se favorece la desaparición del tejido productivo local con una plantilla estable a favor de empresas prestamistas de mano de obra o, peor, de empresas sin capital humano que contratan casi exclusivamente trabajadores autónomos en función de su cartera de pedidos, con ahorro notable de costes y con el único motivo de incrementar la ganancia empresarial.

1. **Propuestas y conclusiones**

La patología de la prevención, manifestada en las resoluciones judiciales que delimitan finalmente encuadramientos, normativa laboral aplicable y responsabilidades, demuestra la condición de muchos trabajadores autónomos como trabajadores «pseudo-laborales», contingentes, sujetos a los vaivenes del mercado y huérfanos de derechos.

Los embates de la huida del trabajo buscando abaratamiento constante de los costes de la mano de obra, hacen a estos autónomos víctimas propiciatorias de prácticas de dumping social, sobre todo en épocas de crisis, confundiendo interesadamente el emprendimiento vocacional con el forzado o coercitivo por parte la entidad comitente.

Las grandes limitaciones en el despliegue de la estructura productiva y preventiva de estos trabajadores autónomos, la realidad funcional y económica de su presencia en las obras, a menudo incardinados en las escalas inferiores de las cadenas de subcontratas, y manejando márgenes comerciales residuales en relación con sus comitentes, les impide una asunción cabal del riesgo y del deber de cuidado. En realidad, el trabajador autónomo no es libre para rechazar órdenes que no se ajusten a sus capacidades o competencias, ni puede cuestiones las órdenes e instrucciones del comitente, formuladas generalmente a través de figuras intermedias como encargados o jefes de obra. La exigencia de medidas de seguridad que le ampare no puede limitarse a un genérico deber de colaboración y cooperación con el resto de empresarios, en el seno de las contratas y subcontratas (artículo 24.5 LPRL).

Las manifestaciones de ingeniería contractual, el subterfugio de la economía social, la aplicabilidad de las plataformas digitales, la excrecencia de contenciosos cada vez más masivos en torno a los trabajos de falsos autónomos, unido a las situaciones ya antiguas de prestamismo laboral y de cuadrillas de autónomos que vuelven pujantes con la reactivación del sector, hacen pensar que la Ley reguladora de la Subcontratación en la Construcción, muy necesaria en su momento, no ha logrado frenar esas manifestaciones patológicas indeseadas ni enderezar en términos sobresalientes unas formas de producción y de reclutamiento del personal más respetuosas con el Derecho del Trabajo.

Por ello, parece necesario proponer una modificación de esta Ley para erradicar una de las lacras que sigue atenazando su despegue como sector productivo plenamente profesionalizado. El artículo 4 LSSC, que desarrolla los requisitos de calidad y solvencia, carece de la necesaria coercitividad, al referirse el entramado de supervisión al denominado Registro de Empresas Acreditadas, que soporta, mediante declaraciones responsables, el cumplimiento de los medios personales, técnicos y materiales, así como la organización productiva de la empresa.

Además, debería articularse en un futuro Convenio General de la Construcción o en un Acuerdo anexado de referencia, una regulación de itinerarios y ciclos formativos destinados a los trabajadores por cuenta propia, como requisito necesario para obtener la Tarjeta Profesional de la Construcción, en función de la actividad productiva desarrollada. En el marco tripartito del diálogo social, sustento esa conveniencia de un currículo formativo en prevención de riesgos laborales, asociado a la obligación o, al menos, al fomento de un haz competencial de cualificaciones exigibles para trabajar en las obras, más allá de los requisitos formales de estar dado de alta en el RETA y en el IAE. Coadyuvaría sin duda a la erradicación de los falsos autónomos, a quienes no se les aplica el convenio colectivo, ni su regulación preventiva, y que, si carecen de trabajadores, tampoco son considerados como contratistas ni subcontratistas. Es obvio que la falta de una organización autónoma productiva y de la exigencia de una cualificación profesional, impide a estos falsos autónomos tener a su vez una organización preventiva, por lo que la apriorística y teórica calificación como empresario individual les priva injustificadamente de los mínimos de protección en seguridad y salud exigibles. Al fin, el convenio colectivo tiene el ámbito de aplicación que las partes acuerden[[40]](#footnote-40), con el respeto a la Constitución y a la ley.

En un marco jurídico en el que se han superpuesto en los últimos años diversa normativa de apoyo al trabajador autónomo, sigue habiendo una carencia grave relativa al estatuto jurídico de esta figura, sobre todo en el sector de la construcción, donde los perfiles que delimitan sus caracteres en relación con el falso autónomo, están más desdibujados, debido a las características de la organización productiva en las obras. Ello tiene una clara trascendencia en el amparo debido en el ámbito preventivo, como objeto de tutela. En el marco abigarrado de las contratas y subcontratas, el trabajador autónomo en una pieza sin un encaje nítido, basculando entre la obligación de tutela por parte del empresario cliente y las obligaciones que sin duda tiene este trabajador en materia de coordinación con el resto de empresas y trabajadores autónomos[[41]](#footnote-41).

Una dispersión legislativa excesiva, y una falta de armonización regulatoria, se suma a una singularidad normativa de esta figura en el sector de la construcción que, a mi juicio, decanta su marco de actuación hacia una obligación de tutela, similar al del trabajador por cuenta ajena.

**Referencias bibliográficas**

ÁLVAREZ ALCOLEA, M., «A propósito del estatuto del trabajo autónomo», en VV.AA., *La Subcontratación en el Sector de la Construcción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

GUERRERO VIZUETE, E., «Economía bajo demanda, trabajo autónomo y negociación colectiva: ¿Puede el convenio colectivo constituirse en límite del dumping social?», *XXXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Córdoba, noviembre de 2017.

GONZÁLEZ LABRADA, M., «La prevención de riesgos laborales en la construcción y la incidencia de la Ley 32/2006», en VV.AA., *La Subcontratación en el Sector de la Construcción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

LAFUENTE PASTOR, V.P., «La encrucijada del trabajador autónomo en el marco regulatorio de la prevención de riesgos laborales», en LAFUENTE PASTOR, V.P., (Dir.), *II Seminario Universitario en Prevención de Riesgos Laborales en el sector de la Construcción,* Zaragoza, 16 y 17 marzo de 2011.

MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.

MUÑOZ MARÍN, Á.J., «El trabajador autónomo en las normas de prevención de riesgos laborales y su incidencia en el ámbito penal», *Jornadas de Especialistas en Siniestralidad Laboral*, Ministerio Fiscal, Madrid, 15 octubre 2015.

TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VALLEJO DA COSTA, R.; LAFUENTE PASTOR, V.P., *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo,* Prensas Universitarias de Zaragoza, 3ª edición, 2016.

1. 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. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley. [↑](#footnote-ref-1)
2. Así, la SSTS de 2 febrero 1989 (RJ 1989, 775) y de 21 octubre 1997 (RJ 1997, 7078). [↑](#footnote-ref-2)
3. Una sentencia de 11 de junio de 1983 de la Audiencia Territorial de Zaragoza afirmaba en sus considerandos que la presunción del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores había quedado desvirtuada porque los demandantes «cotizan en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos y -además- están dados de alta en Licencia Fiscal». En esta sentencia, el simple cum­plimiento de estos dos requisitos formales destruye cualquier pre­sunción de contrato de trabajo y califica la relación jurídica de contrato de arrendamiento de obra, sin que para ello sea obstáculo el que los materiales sean suministrados por la Empresa principal (ya que lo permite el artículo 1588 del Código Civil) y que la obra sea recibida por partes y se pague en proporción (autorizada por el artículo 1592 del Código Civil).

En el mismo sentido, la STS 30 marzo 1988 (RJ 1988, 2554), afirma que se destruye la presunción a favor del contrato de trabajo por la cotización del trabajador en el régimen de autónomos, el pago de la licencia fiscal, los contratos escritos de ejecución de obras, el poseer movimientos de trabajo en otras provincias, y el pasar facturas a su nombre y ofrecer servicios a otras empresas del sector. [↑](#footnote-ref-3)
4. En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 26 de abril de 1989 (Ar.3140), confirmando una sentencia apelada de la Sala de lo Contencioso de Zaragoza de 1 de julio de 1987, se plantea si el trabajador, en un contrato de ejecución de obras, lo es por cuenta de la empresa, «si depende jerárquica y orgánicamente de ella», o bien «si el resultado final de la obra es el elemento contractual objeto de pacto», lo que entendemos por «locatio operis». Aun partiendo de la presunción de veracidad de los hechos constatados por la Inspección, la sentencia apelada sostenía que dicha presunción había quedado desvirtuada a favor de la empresa demandante en base a la aportación por parte de la persona sobre la que se centra la «litis» de los documentos que a juicio de la Sala de Zaragoza acreditaba su carácter de autónomo. A saber: pagos a la Tesorería General de la Seguridad Social, recibos correspondientes a la licencia fiscal y liquidaciones del entonces vigente Impuesto sobre el Tráfico de Empresas (ahora sería la facturación con aplicación del IVA).

La sentencia apelada considera estos documentos como prueba suficiente para demostrar la condición de autónomo del trabajador ("empresario de albañilería"), apoyándose la prueba documental en la testificación del trabajador declarándose categóricamente como autónomo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Aun confirmando la relación autónoma, la sentenciadel Tribunal Central de Tra­bajo de 11 abril 1981 (Ar. 2646) indaga en los pormenores de su actividad para desentrañar su verdadera naturaleza. Afirma que «... el recurrente está dado de alta a efectos fiscales en el Impuesto Industrial... figura en alta... como trabajador autónomo; su actividad profesional de fabricación de objetos de vidrio por soplado la realizaba en un crisol de la sociedad demandada... los productos que de su trabajo autónomo obtenía los vendía al gerente de dicha sociedad y con destino a otro negocio de su propiedad; a esos efectos expedía las correspondientes facturas en las que figuraba un membrete impreso con su nombre; no asistía diariamente, ni los sábados, al local de la demandada, tampoco entraba y salía del mismo a igual hora que los trabajadores de ésta y finalmente no recibía órdenes de trabajo del encargado...». [↑](#footnote-ref-5)
6. STS 30 junio 1989 (AR. 4484). [↑](#footnote-ref-6)
7. La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 junio 1983, Art. 5122, en un supuesto de accidente de trabajo -presunción de existencia- se destaca que «figuró afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos... resulta que el accidentado trabajaba como albañil, mediante remuneración global media de 70.000,--Ptas. mensuales, en el momento del siniestro... se le pagaba en régimen próximo al de destajo...», «... los documentos... acreditaban que el accidentado prestaba su actividad por cuenta del empresario mediante remuneración, sin que obste a la calificación laboral el que el trabajador se hallara afiliado como autónomo, después de iniciar sus servicios en las obras del demandado a quién pertenecían los productos del trabajo; por otra parte el siniestro sucedió en el tiempo y lugar de trabajo y con ocasión del que realizaba el accidentado por cuenta ajena...». Se realiza una labor de deslinde del concepto de contrato de trabajo, para llegar a la conclusión de que se ajustaba a las notas que le caracterizan (así, forma de remuneración, no aportación de materiales, realización de un trabajo por cuenta ajena, etc.).

En el mismo sentido, la STS 5 marzo 1998 (RJ 1998,3057), ya citada, referente a la falta de alta y cotización de cuatro trabajadores en el Régimen General, considerándolos el Tribunal como destajistas de la construcción, aunque nominalmente dados de alta en licencia fiscal y en el Régimen Especial de Autónomos, lo que se considera intrascendente. [↑](#footnote-ref-7)
8. La STS 4 febrero 1997 (RJ 1997, 964) examina el caso de tres contratos de ejecución de obra firmados por tres trabajadores autónomos. El acta de Inspección dice que sus trabajos no se diferencian cualitativamente del de los operarios por cuenta ajena. La actividad es la propia de la empresa (pinturas), y su actividad es la misma con el concepto de destajistas, lo que no desvirtúa la relación de dependencia. Así, se les califica de «falsos autónomos» con unos contratos de complacencia para desvirtuar su indudable relación laboral. El alta en el Régimen de Autónomos no desvirtúa su calificación como laboral, ya que no da cobertura suficiente si se acredita que trabajaban por cuenta ajena. [↑](#footnote-ref-8)
9. STS 27 septiembre 1989 (AR. 6680), respecto a unos oficiales de albañilería en los que concluye que no cabe su consideración como autónomos, dado que no se aportan contratos de obras, ni un presupuesto previo, ni la licencia de obras. La empresa aportaba los materiales, pero, además, simultáneamente, ponía dos peones al servicio de los oficiales, en vez de ser éstos los que aportaran el peonaje, como debiera ser si fueran realmente trabajadores autónomos [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza de 29 de mayo de 2018, en el procedimiento de oficio 573/2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. En la ya citad Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza de 29 de mayo de 2018, en el procedimiento de oficio 573/2017, se ventila la reclamación de declaración de existencia de la relación laboral. En este supuesto, se desestima la demanda de la Tesorería General de la Seguridad Social (demanda de oficio) porque, amén de cumplir el trabajador autónomo los requisitos formales (alta en el IAE y en el RETA), se acredita que posee una organización propia, radicada en su propio domicilio, emite facturas al cliente principal, pero también a otros diferentes, y no con una periodicidad igual, cuando el trabajo no es satisfactorio, produciéndose un descuento de su importe (cláusula penal). [↑](#footnote-ref-11)
12. En el caso de la STSJ de Asturias de 3 de mayo de 2016, en el Rec.887/2016. la Inspección de Trabajo levanta actas de infracción por falta de afiliación y alta de tres trabajadores, que hacen funciones de oficiales y de encargado, respectivamente. Los tres tenían como objeto del contrato «trabajos de albañilería», facturaban mensualmente cantidades iguales o muy similares cada devengo, figuraban de alta en el RETA, todas las facturas se giraban ante la misma empresa, ( …) cada uno de ellos utilizaba la paleta, taladros y niveles propios, pero el resto de los materiales y maquinaria utilizados en su trabajo eran propiedad de la empresa cliente, prestaban sus servicios de lunes a viernes de 8 a 19 horas con un descanso para la comida, la misma jornada que los trabajadores contratados por cuenta de la empresa. [↑](#footnote-ref-12)
13. En la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 1 de junio de 2016, Recurso núm. 1917/2015, se debate la doble relación contractual de un trabajador que venía prestando sus servicios retribuidos para una mercantil constructora, con jornada de trabajo prestada de lunes a viernes en horario de 8:30 horas a 14:00 horas y de 16:30 horas a 21:00 horas de lunes a viernes, con categoría profesional de Jefe de Grupo, desempeñando funciones de jefe de obras y repasos y percibiendo un salario diario a efectos de despido de 93,15 euros y, por otro lado, desempeñaba profesionalmente la Dirección Facultativa en la ejecución de obras, emitiendo facturas que eran abonadas mediante cheques satisfechos por la citada constructora y en el desempeño de tal función no estaba sujeto a horario alguno. [↑](#footnote-ref-13)
14. STSJ de Castilla León, Valladolid, de 16 de septiembre de 2003, Recurso núm. 1769/2003. [↑](#footnote-ref-14)
15. Un trabajador autónomo formalmente afiliado al RETA y que facturaba con nombre comercial, pero que cobraba regularmente 125 euros por día trabajado, trabajaba de lunes a viernes de 8 de la mañana a 5 de la tarde, en las obras a las que el empresario le mandaba, a las que acudía con una furgoneta de la empresa-con un ayudante-, que era quien le suministraba los materiales, soporta realmente una relación laboral encubierta, y así, cuando el gerente del empresario, tras un incidente, le comunica que no vuelva más, es acogida su pretensión de despido improcedente por la jurisdicción social (STSJ del País Vasco núm. 2270/2009, de 13 de octubre, en el Rec. 1885/2009). [↑](#footnote-ref-15)
16. Ya la STSJ de Murcia de 12 de marzo de 1998, Recurso núm. 1422/1997, califica como relación plenamente laboral la de un trabajador que sufre un accidente de trabajo al caer por el hueco del ascensor de un edificio en construcción, cuando trabajaba como oficial de primera ferrallista, incumpliendo la constructora sus obligaciones de alta y cotización con el trabajador, pretendiendo dar validez a un pretendido arrendamiento de servicios bajo la figura incontrovertible del falso autónomo. Se condena a la constructora al abono de las prestaciones de incapacidad temporal y validez, sin perjuicio de la obligación de la Mutua Patronal a anticipar el pago de la misma, que podrá repercutir en la constructora, si fuere solvente. [↑](#footnote-ref-16)
17. En relación con un accidente sufrido por un trabajador autónomo en una excavación, al servicio de una empresa constructora del subsector de la excavación, y siendo la máquina excavadora utilizada propiedad de la empresa principal, la STSJ de Madrid de 12 de julio de 2013 (recurso núm. 890/2013), confirma la procedencia del requerimiento de Inspección de Trabajo para que diera de alta en el régimen general a ese trabajador que figuraba en el RETA y emitía facturas con IVA, durante todo el periodo que había transcurrido en esa obra. Aunque no pudo accionar con éxito un despido improcedente debido a que habían transcurrido ampliamente los plazos de caducidad del mismo.

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2012 (Recurso núm. 2691/2011). Tras trabajar como asalariado para un mercantil, un oficial maquinista que maneja una retroexcavadora, se constituye como trabajador autónomo, trabajando habitualmente para la misma empresa. Pero además de aportar su trabajo personal, es lo cierto que lo hace también con medios materiales, como una máquina excavadora de su propiedad de considerable valor económico, y del que se hacía cargo el propio autónomo en cuanto a su mantenimiento y reparaciones. [↑](#footnote-ref-17)
18. En la STSJ del País Vasco de 10 de abril de 2018 (Recurso núm. 475/2018), un trabajador autónomo pintor es contratado por una empresa de albañilería para realizar como subcontratista labores de pintura en una Comunidad de Propietarios. Este trabajador autónomo subcontrató a su vez a otro trabajador autónomo, que ya había colaborado con él en otras obras. Estando este trabajador autónomo de segundo nivel de subcontratación pintando en un andamio multidireccional propiedad de la contratista empresa de albañilería, y encontrándose de espaldas al patio, pierde el equilibrio, intenta agarrarse a la barandilla superior del andamio que, sin embargo, cede, precipitándose al vacío desde una altura de 12 metros. El andamio constaba únicamente de esa barra superior a la altura de un metro, con un anclaje muy deficiente. No había coordinador de seguridad ni dirección facultativa. La sentencia del TSJ del País Vasco de 25 de enero de 2011, declara que el vínculo que ligaba a este segundo autónomo al primero era de naturaleza laboral, y que la prestación de servicios era de falso autónomo. Además, otras Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de San Sebastián de 22 de abril de 2015 condena solidariamente a la contratista y al trabajador autónomo comitente al abono del recargo del 50% de la prestación derivada de accidente de trabajo, al amparo del actual artículo 164 LGSS. Otra sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de San Sebastián de 3 de marzo de 2016 (procedimiento abreviado 90/2015) condena al administrador de la empresa contratista y al autónomo comitente a un año de prisión. [↑](#footnote-ref-18)
19. TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. [↑](#footnote-ref-19)
20. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, p. 230. [↑](#footnote-ref-20)
21. Así, en las obras que un conocido hipermercado (promotor) contrataba con una empresa constructora, ésta subcontrataba (nivel primero de subcontratación) los trabajos de ejecución de albañilería, colocación de azulejos en las paredes, o de los bloques de hormigón con otra empresa. A su vez esta empresa había subcontratado la ejecución de la obra con otra empresa (segundo nivel de subcontratación) con otra empresa que manifiesta realizar su trabajo con personal autónomo que asegura estar al corriente de la Seguridad Social, con deber de acreditarlo. La Inspección de Trabajo levantó acta de Infracción, comprobando que esta última empresa la componen 10 trabajadores por cuenta propia, realizando su trabajo de albañilería. Las directrices las reciben del Encargado de la obra, pertenecientes a la contratista, y se canalizan a través de uno de los trabajadores autónomos. [↑](#footnote-ref-21)
22. En un Acta conjunta de infracción y de liquidación de la Inspección de Trabajo que se recurre (la citada STSJ Andalucía de 14 de marzo de 2013, recurso núm. 1462/2012), seis trabajadores de la construcción que prestaban servicios por cuenta ajena son instados por la empresa a darse de alta como autónomos si quieren seguir prestando su actividad. Así lo hacen a través de la Gestoría de la empresa. Su retribución mejora lo suficiente para que puedan hacer frente a sus obligaciones fiscales y de seguridad social. No les es permitido entrar a prestar su actividad a la hora que quieran si bien tienen cierto margen para salir un poco antes algún día, pero siempre dentro de los márgenes generales del horario del trabajo en la construcción. Por lo demás, cada uno de los trabajadores autónomos firmó un documento mercantil en formato idéntico al resto. La empresa argumenta que los contratos no son laborales sino de TRADE en los seis casos. Pero el Tribunal desestima dicha tesis por cuanto, de los datos antecedentes, se desprende que no hay estructura organizativa empresarial alguna. Simplemente, ante la posibilidad de quedarse sin trabajo, aceptan firmar una serie de documentos y convertirse en trabajadores autónomos, aun cuando las características de la prestación desarrollada son propias de un trabajo con subordinación clara al poder de dirección de la empresa cliente. [↑](#footnote-ref-22)
23. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de octubre de 2010: el régimen jurídico del contrato del TRADE no se aplica a quien reúne los requisitos constitutivos sino a quien, cumpliéndolos, concierta un contrato de esa naturaleza, sin que la forma escrita del contrato y su inscripción en la oficina pública correspondiente tengan carácter constitutivo (STS de 11 de julio de 2011). [↑](#footnote-ref-23)
24. A título de ejemplo, y reseñadas algunas de estas notas en la citada STSJ de Andalucía de 14 de marzo de 2013, la no aportación por el trabajador de los medios o útiles de trabajo; la ordenación del trabajo por parte de la empresa mediante directrices, en lugar de la mera concreción del objeto del contrato, la sujeción a horario; la asignación en exclusiva a la empresa del régimen de programación de la actividad; la supervisión y control por parte de la empresa de la calidad del servicio, a efectos de posibles quejas de los clientes y valoración de la actuación del profesional; el desempeño personal de la prestación de servicios; la regularidad en la prestación, con permanencia, habitualidad y exclusividad por los interesados; la percepción de la retribución decidida por la empresa, sin que los demandados puedan participar en la fijación del baremo de sus honorarios; la imposibilidad de aceptar o rechazar encargos; la no incorporación de colaboradores por parte del profesional para la realización del servicio; o el pago por la empresa de los gastos que genera el desarrollo de la actividad profesional. [↑](#footnote-ref-24)
25. La STSJ de Andalucía, Málaga, de 18 de junio de 2015, en el Recurso núm. 665/2015, trata de un trabajador formalmente autónomo que presta sus servicios como perito tasador de seguros para una empresa. Dicha empresa proporcionaba al presunto autónomo tarjeta de gasolina, permiso de circulación y documentación del vehículo que utilizaba, ordenador portátil con modem para conexión a internet, cámara de fotos, libro de parte de visitas periciales a nombre de la empresa; la empresa abonaba al trabajador los gastos generados por razón del trabajo desempeñado, fijaba el horario y jornada a cumplir por el actor; autorizaba sus vacaciones y determinaba los festivos a disfrutar. La empresa ofreció al trabajador el modelo de contrato TRADE y meses después la suscripción de un contrato de arrendamiento de servicios de carácter mercantil que se negó a firmar. La sentencia entiende que concurren innegables indicios de la existencia de relación laboral de los que se deduce el carácter dependiente de la prestación. [↑](#footnote-ref-25)
26. Así, ninguno de los dos afectados se puede afirmar que trabajaban para sí mismos, careciendo ambos de la infraestructura productiva y de los materiales necesarios para el ejercicio de la actividad al solamente disponer de herramientas de mano; ambos utilizaban el material que le proporcionaba la empresa; realizaban el horario que fijaba la misma; prestaban servicios (echar hormigón sobre la cubierta del edificio) junto con otros tres trabajadores por cuenta ajena de la empresa cliente y en las mismas condiciones, por lo tanto no de una forma diferenciada, siendo incluso uno de ellos (que vestía ropa laboral de la empresa y utilizaba un vehículo de la misma) el que se encargaba de impartir las ordenes a todos los operarios, que se encontraban en la obra; uno y otro percibían una cantidad fija por día o mes de trabajo (sin que en las respectivas facturas emitidas se especifiquen los trabajos que se remuneran ni tampoco la obra de construcción) de tal modo que la contraprestación económica que perciben no se halla en función del trabajo realizado o del resultado de su actividad, no viniendo los mismos a asumir el riesgo y ventura derivados de la realización de un encargo; ninguno de ellos tenía concertado -como es habitual en la actividad autónoma- un contrato de seguro de responsabilidad civil para hacer frente a los riesgos generados por el desarrollo de una actividad profesional autónoma. Por tanto, los dos trabajadores prestaban servicios incardinados en la organización de la empresa concurriendo las notas de dependencia y ajenidad propias de una relación laboral. [↑](#footnote-ref-26)
27. La realización de trabajos de instalación y reparación de ascensores, habiendo suscrito las partes un denominado contrato marco de colaboración para la ejecución de obras, son trabajos por cuenta ajena, ya que concurren las notas de ajenidad, pasando los frutos del trabajo «ab initio» a la mercantil contratante, que se obliga a retribuir dichos servicios, sin asumir el trabajador instalador-reparador riesgo empresarial alguno, ni realiza inversiones en bienes de capital; y también concurre la nota de dependencia, al prestarse los servicios dentro del ámbito organizativo de la comitente, que suministra los bienes de equipo y las instrucciones de montaje, dando al empleado formación sobre el montaje y la instalación y entregándoles manuales de montaje y reparación; prestaba exclusivamente servicios para la compañía; y vestía con los distintivos de ésta. [↑](#footnote-ref-27)
28. En el caso de la STSJ del País Vasco 12 de abril de 2016, recurso 533/16, el trabajador autónomo accidentado tuvo que entablar diversos juicios previos para que se le reconociera que era un falso autónomo, acreditándose que la empleadora no cumplió con el plan de seguridad y salud, que además iba sólo dirigido a los trabajadores por cuenta ajena. El accidente de trabajo se produce cuando le perfora el globo ocular un tornillo que sale disparado cuando intentaba atornillar un panel del techo de una nave industrial, no portando gafas de seguridad. Se rebaja sin embargo sustancialmente la indemnización por responsabilidad civil solicitada (500.000 euros) porque se acredita que el falso autónomo firmó un documento reconociendo la entrega de diferentes Epis, entre ellos las gafas de seguridad. Pero la indemnización existe, moderada por esa concurrencia de culpas (al final se le reconoce algo más de 100.000 euros de indemnización), porque la empresa, además de poner a disposición del trabajador los Epis, debe vigilar y exigir su uso efectivo. [↑](#footnote-ref-28)
29. Así, en un denominado «contrato de ejecución de mano de obra», un trabajador autónomo subcontratado en una cadena de subcontratación se precipita al vacío habiendo ausencia de medidas de protección colectiva e individuales, falleciendo a resultas del impacto. La SAP de Barcelona 521/2006, de 18 de abril, condena a los administradores de las empresas contratistas y subcontratistas aplicando la figura del concurso de delitos del artículo 142 CP (homicidio imprudente) y del artículo 316 citado. En este supuesto, otros trabajadores por cuenta ajena trabajaban en la misma cubierta que el autónomo fallecido. [↑](#footnote-ref-29)
30. SAP de Alicante núm. 399/2004, de 27 de julio, lo que da percepción de absoluta negligencia en lo que resulta el riesgo más grave de la construcción, la caída de altura, con la potencialidad general para que esta accidentabilidad se concrete en cualquiera de los trabajadores por cuenta ajena o propia que concurren en la obra. [↑](#footnote-ref-30)
31. a) Aplicar los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en particular al desarrollar las tareas o actividades indicadas en el artículo 10 del presente Real Decreto.

b) Cumplir las disposiciones mínimas de seguridad y salud establecidas en el anexo IV del presente Real Decreto, durante la ejecución de la obra.

c) Cumplir las obligaciones en materia de prevención de riesgos que establece para los trabajadores el artículo 29, apartados 1 y 2, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

d) Ajustar su actuación en la obra conforme a los deberes de coordinación de actividades empresariales establecidos en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, participando en particular en cualquier medida de actuación coordinada que se hubiera establecido.

e) Utilizar equipos de trabajo que se ajusten a lo dispuesto en el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

f) Elegir y utilizar equipos de protección individual en los términos previstos en el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

g) Atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa. [↑](#footnote-ref-31)
32. VALLEJO DA COSTA, R.; LAFUENTE PASTOR, V.P., *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo,* Prensas Universitarias de Zaragoza, 3ª edición, 2016, pp. 343-344. [↑](#footnote-ref-32)
33. Lo que ciertamente, por un lado, atenúa la política aluvional de suministro de mano de obra sin cualificar, pero, por otro, puede constituir un requisito improcedente de restricción al mercado de trabajo, como ya puso de manifiesto la STS de 27 de octubre de 2010, recurso núm. 53/2009, en el sentido de que la Tarjeta Profesional de la Construcción, que regula el Convenio estatal, es una forma más de acreditación de la formación que está a disposición del trabajador o trabajadora, pero no la única forma de acreditación. Y ello aunque el artículo 10.3 de la Ley 32/2006 establece que «reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción», por lo que resulta claro que la regulación convencional, siendo legítima, no es la única forma de acreditación de la formación, sino sólo una forma de acreditación que puede realizarse por el trabajador y que queda a su disposición. Pero nunca puede ser un mecanismo de acceso al mercado de trabajo, porque iría contra el precepto constitucional que consagra la libertad de trabajo (artículo 35 CE) y de empresa (artículo 38). [↑](#footnote-ref-33)
34. Aun cuando podría encajar en la formación específica para directivos que se contempla de 10 horas. Si bien, esta formación sería adecuada sólo en tanto que el trabajador autónomo fuera también directivo de la empresa. El Convenio, en este punto, reproduce lo dispuesto en el artículo 12 del RD 1109/2017, como desarrollo reglamentario de la LSSC. [↑](#footnote-ref-34)
35. De hecho, existe un Reglamento interno de la FLC regulatorio de la expedición de la Tarjeta Profesional de la Construcción para trabajadores autónomos, pudiendo solicitarla quienes se encuentren en alta en la seguridad social en el régimen especial de trabajadores autónomos y que realicen actividades incluidas en el ámbito de aplicación del vigente Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. En todo caso será requisito imprescindible para la obtención de la Tarjeta haber recibido, como mínimo, la formación inicial en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el referido Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. [↑](#footnote-ref-35)
36. ÁLVAREZ ALCOLEA, M. «La consideración del trabajador autónomo y su intervención en el sector de la construcción. A propósito del estatuto del trabajo autónomo», en VV.AA., *La Subcontratación en el Sector de la Construcción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 184.

 [↑](#footnote-ref-36)
37. Esta formación preventiva la incentivaba también el artículo 8.2 de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, pero la promoción por las Administraciones Públicas competentes de una formación en prevención específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores autónomos, ha resultado una experiencia fallida, dada la laguna evidente en la actualidad, que sigue en la esfera meramente voluntarista y competencial o participativa en lo que se refiere al diseño y difusión de la oferta formativa de los trabajadores autónomos a las organizaciones intersectoriales representativas de éstos (artículo 13 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo). [↑](#footnote-ref-37)
38. GONZÁLEZ LABRADA, M., «La prevención de riesgos laborales en la construcción y la incidencia de la Ley 32/2006», en VV.AA., *La Subcontratación en el Sector de la Construcción*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 211-212. [↑](#footnote-ref-38)
39. Citada por MUÑOZ MARÍN, Á.J., «El trabajador autónomo en las normas de prevención de riesgos laborales y su incidencia en el ámbito penal», *Jornadas de Especialistas en Siniestralidad Laboral*, Ministerio Fiscal, Madrid, 15 octubre 2015*.* p. 44. [↑](#footnote-ref-39)
40. GUERRERO VIZUETE, E., «Economía bajo demanda, trabajo autónomo y negociación colectiva: ¿Puede el convenio colectivo constituirse en límite del dumping social?», *XXXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Córdoba, noviembre de 2017. [↑](#footnote-ref-40)
41. LAFUENTE PASTOR, V.P., «La encrucijada del trabajador autónomo en el marco regulatorio de la prevención de riesgos laborales», en LAFUENTE PASTOR, V.P., (Dir.), *II Seminario Universitario en Prevención de Riesgos Laborales en el sector de la Construcción,* Zaragoza, 16 y 17 marzo de 2011. [↑](#footnote-ref-41)