

LA IRRESPONSABILIDAD PREVENTIVA DEL CLIENTE PRINCIPAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante LETA) vino a representar la primera regulación unitaria de este colectivo de trabajadores. Dato por el cual ya podría considerársele un hito legislativo. Más allá de este, dio vida jurídica a un micro-género de profesionales que, siendo verdad que ya existían, no tenían amparo en el ordenamiento¹. Se trata del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE).

La aparición de la norma obedeció a una demanda real de estas parcelas del mercado de trabajo, y con ella se crearon dos estatutos jurídicos meticulosamente diferenciados: el del autónomo corriente y el del TRADE, cuyos difusos perfiles se van a intentar trazar más adelante. La coyuntura que sobrevino poco después, y de la que aún no se termina de salir, obligó a depositar en el trabajo autónomo y en la pequeña empresa la carga de remontar una situación económica de profunda recesión. Y en procesos fuertes de cambio las normas no suelen ser ajenas a estos, antes al contrario.

En esta tesitura, se han adoptado medidas varias para fomentar el trabajo por cuenta propia, afianzar al empresario y frenar la sangría del desempleo, entre otras. El TRADE no ha quedado al margen de estas, quizá porque se quiso ver en él un madero fácil al que agarrarse para transitar por las mareas inciertas de la reconversión, reducir los costes en mano de obra —directos e indirectos— y gestionar todos los recursos de la forma más flexible que se pudiera.

Desde una perspectiva optimista, lo que el autónomo dependiente pierde en términos de protección social —en la comparativa con el trabajador por cuenta ajena— lo estaría ganando en controlar de una manera más directa su actividad y su devenir monetario. Pero lo cierto es que el principal beneficiario de la nueva situación es la

¹ A finales de los 80, en la doctrina italiana ya se hablaba de *parasubordinazione* para referirse a un colectivo que entendían mitad asalariado mitad autónomo. Una especie de cuasi asalariado en el que, aunque no concurría la dependencia jurídica de la relación laboral, tampoco veían absoluta igualdad en sus relaciones con otros contratantes civiles.

Puede verse, entre otros: D'ANTONA, M. (1988): "I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione", *Diritto Privato*, Tomo I, págs. 195 y ss; o BALLESTRERO, M. (1987): "L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato", *Lavoro e Diritto*, págs. 41 y ss.

empresa que ejerce de cliente principal, pues al recurrir a la contratación de un TRADE está desplazando una parte de sus riesgos económicos a un tercero, a quien va a pagar “en función del resultado” y con quien va a poder negociar en un plano de superioridad.

Y es que el madero no era para él, sino que el madero es él. Todo trabajador por cuenta propia encarna el perfil que mejor le viene a las empresas: un profesional que asume la ventura o fracaso de su actividad, cuya vinculación en el tiempo no les ha de preocupar —pues pueden cesar la relación contractual cuando no haya actividad— y que les representa un coste de cero euros en Seguridad Social y en prevención de riesgos laborales. Si, además, el 75 por ciento de sus ingresos dependen del mismo cliente, quizá se esté dejando a este colectivo en una situación de debilidad —a la hora de pactar en contrato las condiciones para la ejecución del trabajo— que no se ve compensada por la protección especial que le brinda el régimen establecido para ellos en la LETA.

No va a entrar en él esta comunicación, pues su objeto es otro. Baste decir que se reconoce al TRADE el derecho a unos días de descanso al año, a interrumpir sus labores en determinados supuestos o a ser indemnizado, vía civil, por el cese injustificado de la relación por parte del cliente. Esta comunicación quiere manifestar, fundamentalmente, dos preocupaciones. La primera de ellas, nada novedosa, es el riesgo de fraudes masivos que viene existiendo desde la aparición de esta ecléctica figura: puede estarse convirtiendo a trabajadores asalariados, que debieran estar sometidos al Estatuto de los Trabajadores (ET), en TRADE sometidos a la LETA para huir de los inconvenientes de la ley laboral; como puede estarse convirtiendo en autónomos corrientes a los TRADE, con el propósito de trampear la aplicación del capítulo III del título II de la LETA². El cuadro apenas esbozado, pone en evidencia que buena parte del repunte cuantitativo registrado en el número de autónomos ha sido potenciado por el “efecto refugio” o el “autónomo por necesidad”, que tanto tiene que ver con el fenómeno de la descentralización productiva y las medidas adoptadas en favor del autoempleo durante los peores años de la crisis³.

De todo lo cual emerge la segunda preocupación: la situación de precariedad en que pueden estar trabajando algunos TRADE para escapar del paro, ante la incapacidad de la sociedad para crear empleo por vías que impliquen menos desprotección,

² AGUILAR MARTÍN, M. C. (2015): *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Comares, Granada, pág. 11.

³ GRAU PINEDA, C. (2018): “La economía digital o de plataformas como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 213/2018, pág. 6.

encorsetados en una figura que aglutina las facetas menos ventajosas del trabajo por cuenta propia (gastos de cotización, infraestructura productiva, riesgo de la actividad) y del trabajo por cuenta ajena (dependencia económica, sometimiento a las indicaciones técnicas de quien le contrata).

Y en tiempos de crisis económica, es preciso reparar en que para muchos trabajadores puede estar siendo prioritario conservar el empleo incluso por encima de la salud propia. Que el trabajador por cuenta ajena no arriesga su patrimonio pero arriesga su piel⁴. Y que el TRADE podría estar arriesgando ambas cosas.

1. Delimitación conceptual del TRADE

Para ser considerado TRADE deben cumplirse primeramente los requisitos que el art. 1.1 LETA establece para todo trabajador autónomo. Y además encajar en el corsé que el art. 11 delimita mediante ciertos elementos objetivables.

Son autónomos dependientes *aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales*⁵.

Los rasgos de trabajo desempeñado de “forma habitual, personal y directa” no parecen diferenciar a la figura tratada de uno de sus dos colectivos aledaños. En efecto, también el trabajador asalariado ejecuta sus labores, en mayor o menor medida, conforme a estas tres coordenadas. La habitualidad del TRADE está fuera de toda duda, toda vez que el 75 por ciento de sus ingresos van a venir del contrato en cuestión. Sí hay que relativizar su implicación personal y directa en la medida en que, desde la Ley 31/2015⁶, estos profesionales pueden contratar un trabajador por cuenta ajena ante una serie de supuestos enumerados en el art. 11.2.a) LETA para la conciliación de su vida laboral y familiar.

⁴ COS EGEA, M. (2010): *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, pág. 32.

⁵ En similares términos, el art. 1 RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo.

⁶ De 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que esta sustitución nunca sería completa, en tanto en cuanto las funciones de gestión y dirección de su actividad seguirán recayendo en él, pues él es quien se lucra de la misma y quien ostenta la titularidad de la infraestructura productiva. Y que el legislador es contundente al excluir de la catalogación de TRADE a los profesionales que ejercen *conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier forma jurídica admitida en derecho* (art. 11.3). Ambos aspectos hablan en favor de su implicación en términos de trabajo habitual, personal y directo.

En cuanto a la dependencia económica, se trata del factor diferencial de este colectivo⁷. Y le coloca en una posición de debilidad negociadora sobre la cual el cliente va a poder imponer su criterio, pues además de representar una mayoría notable de los ingresos del TRADE realizará el pago en función de su concepción del resultado. Lo cual, en la práctica, puede acabar traducándose en un pleno sometimiento a la voluntad del empresario. Máxime si se está ante un autónomo dependiente que es además, y respecto del mismo empresario, trabajador por cuenta ajena. El RD 197/2009⁸ establece en su art. 2.1 que, para el cálculo del porcentaje del 75 por ciento, los ingresos a considerar se pondrán en relación con los totales percibidos por el TRADE por las actividades económicas o profesionales ejecutadas para todos sus clientes, así como con *los rendimientos que pudiera tener como trabajador por cuenta ajena en virtud de contrato de trabajo, bien sea con otros clientes o empresarios o con el propio cliente*. Lo que puede dar lugar —por más que los ingresos vengan de relaciones jurídicas diferenciadas— a una dependencia todavía mayor y facilitar el enmascaramiento de lo que es, en realidad, una relación laboral⁹.

Más allá de su definición legal, la primera de las condiciones que el art. 11 LETA requiere al TRADE para el desempeño de su actividad es *no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes*. Lo

⁷ Vid., por ejemplo, la STSJ de Madrid, de 2 de diciembre de 2010 (nº 829/2010); o la STSJ del País Vasco, de 24 de marzo de 2009 (nº 437/2009).

⁸ De 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos

⁹ En el mismo sentido, AGUILAR MARTÍN, M. C. (2015): *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente...*, op. cit., pág. 165; o HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. (2010): *El trabajador autónomo económicamente dependiente. Delimitación conceptual y ámbito de aplicación*, Aranzadi, Pamplona, pág. 105.

que resulta coherente si se atiende a que su desempeño había de ser habitual, personal y directo. Al margen de los supuestos previstos para la conciliación de su vida familiar y laboral¹⁰, el TRADE no puede contratar a nadie por cuenta ajena ni realizar ninguna acción que le coloque debajo ningún eslabón en la cadena de subcontratación. Y ello también le aproxima al trabajador asalariado.

No conviene pasar por alto el alcance de la referida prohibición. Ya no es que el autónomo dependiente trabaje en solitario —que también— sino que ante cualquier tipo de contingencia, común o profesional, su actividad se verá paralizada, pues no podrá encomendar a un tercero que prosiga sus labores mientras dure su indisposición. Lo cual puede llevar al TRADE a continuar sus trabajos aun en las peores condiciones de salud imaginables, habida cuenta de ello y de que su contraprestación será “en función del resultado”.

La actividad del TRADE deberá ejecutarse de manera diferenciada respecto de la de los trabajadores *que presten sus servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente*. El legislador parece querer que sus labores sean netamente distintas, sea por tratarse de una actividad diferente que complementa a la del resto de trabajadores, por prestarse con unos medios muy peculiares de los que sólo dispone el TRADE, o por desarrollarse de una manera tan especializada que le hace necesario¹¹.

Deberá también disponer de infraestructura productiva y materiales propios *cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente*. Y esta relevancia económica significa que el TRADE ha de asumir unos costes para justificar su condición, y que este desembolso debe emplearse en adquirir los medios imprescindibles para el desempeño de sus labores. Este rasgo, junto con el de la dependencia económica, son los que hacen al autónomo dependiente más débil. Adviértase que el TRADE tendrá que realizar una inversión importante, trabajará para un solo cliente principalmente y este le pagará en función del resultado, quedando así en una situación más frágil incluso que la del trabajador por cuenta ajena, quien no tendrá que acarrear con el gasto de los medios de producción.

¹⁰ Entre otros: riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses; descanso por nacimiento, adopción o acogimiento familiar; o tener a cargo un familiar dependiente de hasta el segundo grado de consanguinidad.

¹¹ AGUILAR MARTÍN, M. C. (2015): *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente...*, op. cit., pág. 81.

Asimismo, tiene que desarrollar *su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente*. Esta es otra nota fundamental para diferenciar al autónomo dependiente¹². Y, a este punto, procede preguntarse dónde reside la diferencia entre las indicaciones técnicas del cliente principal y las órdenes del empresario. No define el legislador qué ha de entenderse como “indicaciones técnicas”; luego se está, a todas luces, ante un concepto jurídico indeterminado. Desde algunos sectores doctrinales, se ha querido discernir que se trata de una directriz sobre los objetivos a alcanzar o una pauta general a seguir, sin llegar a describir la forma en que ha de prestarse el trabajo¹³. Aunque, en la práctica, cuesta imaginar a un TRADE que no responda a las directrices del cliente como si fueran exigencias, habida cuenta de que el 75 por ciento de sus ingresos dependen de él y de que considere aceptable el resultado de su trabajo¹⁴.

Por último, al autónomo dependiente se le exige percibir *una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla*. Ya se ha hecho referencia a que este precepto termina de desnivelar la balanza. Y conviene además comentar otra implicación: “asumiendo el riesgo y ventura” se traduce en que si, durante la ejecución del trabajo contratado con el cliente, al TRADE le surge algún gasto imprevisto, salvo pacto en contra, no podrá repercutírsele a aquel.

2. Obligaciones del cliente principal en materia de prevención de riesgos laborales

La descentralización productiva, al generalizarse, ha convertido en normalidad la fragmentación de los procesos. Ello ha traído de la mano, necesariamente, una

¹² Vid., por ejemplo, la STSJ de Cataluña, de 5 de octubre de 2012 (nº 6533/2012).

Para SELMA PENALVA, el legislador quiso con este precepto establecer un antónimo a la expresión “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona” con que el ET define la nota de dependencia del contrato de trabajo. En SELMA PENALVA, A. (2013): *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente. Novedades legales y consideraciones prácticas*, Laborum, Murcia, pág. 110.

¹³ AGUILAR MARTÍN, M. C. (2015): *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente...*, op. cit., pág. 86. También GARCÍA BLASCO, J. (1995): “El supuesto de hecho del ordenamiento laboral y la extensión del Derecho del Trabajo”, en *Proyecto Social*, Universidad de Zaragoza, nº 3, pág. 12.

¹⁴ Para ACKERMAN, se hace evidente que hay una “limitación de la libertad cuando se trabaja por necesidad (...) esto es, de una prestación económica para atender las necesidades de subsistencia de la persona que trabaja y de su familia. Esa necesidad, si no niega, al menos limita severamente la libertad...” En ACKERMAN, M. E. (2004): “El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, tomo I, pág. 215.

cooperación entre empresas, en ocasiones muy estrecha, que ha dado lugar a que trabajadores de muy diversa índole entremezclen sus condiciones, sus herramientas, sus hábitos de trabajo, en un mismo espacio laboral. La intensidad de este fenómeno ha venido aumentando con el respaldo legal a las ETT. También, quizá, con la regulación del estatuto jurídico del autónomo dependiente y las políticas públicas en favor del autoempleo que se articularon durante los años más penosos de la crisis. En este escenario —piénsese, por ejemplo, en una obra de construcción— se hace obvio que aumentan las probabilidades de sufrir una contingencia profesional, aunque sólo sea por el maremágnum de trabajadores de distintas actividades que pueden desempeñar tareas en un mismo centro de trabajo, muchas veces desconociendo los riesgos laborales de quienes que les rodean.

Se entiende por accidente de trabajo del TRADE *toda lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional*. También el que sufra *al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma*. No podía ser menos. Aunque es cierto que el legislador considera el especial riesgo de que un autónomo pretenda simular como accidente *in itinere* lo que es en realidad accidente particular. Y por ello dispone que, salvo prueba en contra, *se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate*. Con lo que viene a establecer una presunción como la del 156.3 Ley General de la Seguridad Social (LGSS), pero a la inversa.

La aparición de la LETA en 2007 cambió la situación del autónomo de manera sustancial. Su art. 4.3.e) recoge, entre otros, el derecho a *su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo*. Que ya venía reconocido como derecho fundamental en el art. 40.2 de la Constitución. El art. 4.3 RD 197/2009 le otorga un paso más al disponer en su letra d) que las partes podrán incluir en contrato cualquier estipulación que consideren oportuna en cuanto a la manera en que *mejorarán la efectividad de la prevención de riesgos laborales, más allá del derecho del trabajador autónomo económicamente dependiente a su integridad física y a la protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, así como su formación preventiva de conformidad con el artículo 8 del Estatuto del Trabajo Autónomo*¹⁵.

¹⁵ De manera que existe la posibilidad de que autónomo y cliente suscriban un contrato que incluya cláusulas expresas que le obliguen a adoptar medidas de precaución para auto-protegerse, evitando así la repercusión de responsabilidades sobre la otra parte.

Pero la prevención de los riesgos laborales del trabajador por cuenta propia es un tema incierto que presenta algunos vacíos normativos. Esta disciplina evoluciona siempre a remolque y, entretanto, la situación del colectivo tratado es de una inseguridad jurídica perpetua. Baste decir —por el momento— que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) no incluye en su perímetro protector a los trabajadores autónomos¹⁶.

Volviendo a la LETA, también esta plasma en su tenor el sentido bidireccional de los deberes preventivos. Su art. 5.b) manda a los autónomos cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral pactadas en contrato, así como acatar las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de la prestación de servicios. Es el art. 8 el que concreta —en una muy reconocible labor del legislador— los derechos y obligaciones de los profesionales por cuenta propia. Y si uno se ciñe a cuáles pueden ser las obligaciones del cliente principal, respecto del TRADE, es preciso reparar en sus apartados 3, 4, 5 y 6.

El art. 8.3 LETA recoge los deberes mutuos de “cooperación, información e instrucción” entre empresa y autónomo. Estos son mero reflejo de lo ya previsto en los dos primeros apartados del art. 24 LPRL en materia de coordinación de actividades. Por su parte, el art. 8.4 LETA se reitera respecto a lo dispuesto en el 24.3 LPRL para con la obligación *in vigilando* de las empresas que concierten con trabajadores autónomos parte de su actividad, mientras estos desempeñen labores en sus centros de trabajo. En efecto, se trata del deber empresarial de vigilar que los trabajadores por cuenta propia que prestan servicios en sus instalaciones lo hacen contemplando todas las medidas de precaución pertinentes. El apartado 5 del mismo art. 8 LETA se conecta con el 24.4 LPRL a la hora de establecer que cuando los autónomos que deban operar con “maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional”, aunque no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta asumirá las obligaciones consignadas en el último párrafo del artículo 41.1 LPRL. Es cierto que el TRADE debe operar con infraestructura productiva y materiales propios, pero sólo cuando en su actividad sean “relevantes económicamente”; luego se podría dar un incumplimiento del cliente principal a este respecto en actividades donde los medios no lo sean¹⁷. Por último, el 8.6 LETA reconoce al autónomo el derecho a ser indemnizado cuando las empresas incumplan las

¹⁶ Vid. art. 3 LPRL sobre su ámbito de aplicación.

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en un traductor, en un profesor, en un peluquero o en un electricista.

obligaciones previstas en los apartados 3 a 5 del presente artículo, “siempre y cuando haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños causados”.

Tampoco está de más recordar que el art. 11 LETA dispone que las infracciones a lo requerido en esta ley serán sancionadas con arreglo al Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante TRLISOS). Y que los potenciales incumplimientos del cliente principal del TRADE encajan perfectamente en los tipos infractores de los arts. 12.13, 12.14, 12.24.c), 13.7 y 13.8.a) TRLISOS.

En lo atinente al recargo de prestaciones, la responsabilidad del empresario titular del centro de trabajo se extrae de la interpretación combinada de los arts. 164.2 LGSS, 42 TRLISOS, 42 ET y 24.3 LPRL. El primero de ellos dice que la responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el “empresario infractor”. Pues bien, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas oportunidades que es perfectamente posible que una negligencia del empresario principal sea la causa determinante del accidente sufrido, o la enfermedad contraída, por el operario de la contrata¹⁸. De manera que el acaecimiento del siniestro dentro de la esfera de responsabilidad de la empresa es lo que determina, si media incumplimiento preventivo, la atribución a esta de la reparación del daño causado. Así, puede considerarse al empresario principal como sujeto responsable, a efectos de la imposición de un recargo en las prestaciones¹⁹. Y esta extensión no resulta de la aplicación de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en el conjunto productivo que se encuentra bajo su control²⁰.

En la medida en que la relación entre cliente principal y TRADE no se puede excepcionar de la aplicación del art. 24 LPRL, tampoco debiera hacerse, *a priori*, de la del recargo de prestaciones. Pero esta figura viene regulada dentro del Título II de la LGSS, esto es, en el Régimen General, y por lo tanto no despliega su esfera protectora a aquellos casos en que uno de estos profesionales sufre un siniestro laboral ocasionado por una omisión de medidas preventivas por parte de quien le paga y no cotiza por él.

¹⁸ SSTS de 20 de marzo de 2012 (RJ 4189/2012), o de 18 de abril de 1992 (RJ 4849/1992).

¹⁹ STSJ de Galicia, de 18 de mayo de 2016 (AS 1114/2016).

²⁰ TRILLO GARCÍA, A. (2018): “Responsabilidades en la subcontratación en materia de Seguridad Social”, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, Madrid, pág. 169.

Así las cosas, una empresa podría incumplir cualquiera de las obligaciones que le impone el art. 24 LPRL —cooperación, intercambio de información, vigilancia del cumplimiento de la normativa o suministro adecuado de maquinaria...—, ocasionando un accidente laboral, y verse o no responsable de un recargo en las prestaciones en función de si el daño lo ha sufrido un trabajador por cuenta ajena o un autónomo dependiente. Por no entrar en que el TRADE, viéndose muchas veces sujeto a unas condiciones de mayor fragilidad que el asalariado, verá en estos supuestos menos reparado el daño efectivamente sufrido.

Resulta llamativo que, en tan relevante materia, el art. 8 LETA se preocupe más de las obligaciones de la Administración que de las de la empresa cliente, a la que no impone un deber general de prevención cuando se están realizando labores en las instalaciones sometidas a su control²¹. También ha sido muy escasa la preocupación de las instituciones comunitarias por mejorar las condiciones preventivas de los trabajadores por cuenta propia²². Y más concretamente para el TRADE, la protección que necesita no quedará completa mientras se siga evadiendo la responsabilidad total, por incumplimientos en materia de coordinación de actividades, de quien es su principal cliente.

3. TRADE *versus* trabajador por cuenta ajena

El propio legislador reconoce, en la exposición de motivos de la LETA, la dificultad de distinguir al autónomo dependiente del trabajador por cuenta ajena, en tanto que su introducción ha planteado *la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa*. En efecto, pocas diferencias se aprecian entre estos colectivos, aun haciéndose abstracción de la trasposición simbólica de derechos laborales que lleva cabo el estatuto jurídico del TRADE²³.

²¹ DE LA VILLA DE LA SERNA, L. E. (2007): “Algunas consideraciones críticas sobre la Ley 20/2007, de Estatuto del Trabajo Autónomo”, en *Revista General de Derecho del Trabajo*, nº 15/2007, pág. 5.

²² Sobre esta situación, puede leerse a GARCÍA NINET, J. I. (2009): “El control de los incumplimientos estatales en materia de normativa europea sobre prevención de riesgos laborales, la necesidad de políticas de prevención a favor de los autónomos y el uso de las distintas lenguas españolas en nuestro panorama laboral”, en *Tribuna Social*, nº 221/2009.

²³ *Vid.*, entre otros derechos, la presunción de contrato indefinido en ausencia de forma escrita (art. 12.4 LETA), la interrupción de su actividad anual (art. 14.1) o las causas de extinción y suspensión del contrato (arts. 15 y 16).

Aquí se defiende que la dependencia económica del TRADE absorbe a su independencia organizativa, toda vez que a aquella se une, decisivamente, el hecho de tener que atender a “las indicaciones técnicas” del cliente y el recibir, o no, contraprestación “en función del resultado de su actividad”. Y a la situación de dependencia en que este colectivo desarrolla sus labores hay que añadir las notas de trabajo personal, voluntario y retribuido. Así pues, sólo se echa en falta la ajenidad. No obstante, si bien es verdad que el TRADE trabaja por cuenta propia, no lo es menos que de su producto o servicio se enriquece, y de manera más cuantiosa presumiblemente, el cliente habitual situado por encima suyo en la cadena de contratación.

Aunque tampoco se aprecia incontrovertible la no ajenidad del TRADE si se atiende a la tesis defendida por MONTOYA MELGAR. Según su postura de *ajenidad en la utilidad patrimonial*, el trabajo es por cuenta ajena y, por tanto, objeto del Derecho Laboral cuando el resultado económico de su esfuerzo se atribuye a persona distinta a la del propio trabajador; los bienes o servicios generados no le reportan un beneficio directo al trabajador sino al empresario, quien le compensará con una parte de esa utilidad²⁴. Y en la medida en que el autónomo dependiente sólo verá parte de los réditos patrimoniales generados por su trabajo ha de cuestionarse —cuando menos— la ausencia total de ajenidad en este colectivo de profesionales.

Vuelve a ser complicado, si es que alguna vez dejó de serlo, identificar al asalariado de entre los que no lo son. El número de autónomos dependientes no crece conforme a lo previsto, quizá porque igual que habrá empresas que hagan malabares para disfrazar de TRADE a lo que es en realidad un trabajador por cuenta ajena, habrá también otras que fuercen los números para convertir en autónomo común a lo que sí sería un TRADE. Con todo, hay que asumir que la Inspección de Trabajo no puede hacer milagros de clarividencia a la hora de identificar estas situaciones fraudulentas. Un inspector, en una visita a un lugar de trabajo, difícilmente puede detectar que cierto trabajador que desempeña labores bajo los parámetros civiles o mercantiles es en realidad un “falso autónomo”²⁵. Entre otros motivos porque, probablemente, sólo le va a observar durante unos minutos, porque no se suele efectuar una identificación de todas

²⁴ MONTOYA MELGAR, A. (1972): *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, págs. 11 y ss.

²⁵ Puede considerarse como tal a quien “desarrolla una prestación de servicios bajo las notas de dependencia y ajenidad, pero sin recibir el tratamiento jurídico establecido por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para estos casos, por haberse intentado o conseguido burlar dicha aplicación mediante el recurso de calificar la relación contractual como civil o mercantil”. MARTÍNEZ BARROSO, M. R. (2008): “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones para un debate ¿laborizador?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 304/2008.

las personas presentes en el centro visitado y porque, aunque así fuera, el “falso autónomo” se puede identificar como un autónomo más, con su alta en el RETA y su licencia fiscal, aunque en verdad sea un trabajador por cuenta ajena enmascarado.

Según datos del Ministerio de Trabajo, en julio de 2018 el número de autónomos estaba en 3.267.169 (un 1'15% por ciento más que en el mismo mes del año anterior). La afiliación de trabajadores por cuenta propia había crecido en un total de 287.131 (9'59%) desde su cifra más baja en febrero de 2013. Lo que viene a corroborar que, en términos generales, el fomento del trabajo por cuenta propia que desplegaron los poderes públicos ha dado sus frutos. Ahora bien, no es menos cierto que los datos arrojados por la EPA y el propio Ministerio de Trabajo permitían cifrar en unos 335.000 los “falsos autónomos”. Y es que la entrada en escena de nuevos modelos empresariales disfrazados de economía colaborativa —piénsese en ciertas empresas de reparto a domicilio— y la extensión de empresas multiservicio, unido a los referidos incentivos al autoempleo mediante sistemas como el de tarifa plana han contribuido a engrosar el dato, evidenciando que la figura del TRADE está siendo escasa y malamente utilizada²⁶.

Así las cosas, se viene encarando el problema mediante la aplicación, por extensión, de la legislación laboral a trabajadores que no encajan en los parámetros estrictos del asalariado o la expulsión total de sus fronteras tuitivas. Pero pretender resolver esta problemática por medio de la distinción entre trabajo por cuenta ajena y propia, para decidir la aplicación en bloque de la normativa laboral o el Derecho Civil, no es una estrategia adecuada en la compleja tesitura actual.

En este contexto en el que la subordinación ya no es el eje en torno al cual gira el Derecho del Trabajo —ya que ha dejado de ser relevante el cuándo, el dónde o el cómo se desarrollan las tareas para que una relación sea considerada laboral— se hace innegable que existen conexiones entre el TRADE y las relaciones laborales de carácter especial: a) conectan en los fines, pues se pueden entender como técnicas paralelas para la extensión de protección laboral a relaciones de servicios en las que, con dificultades, se pueden reconocer las notas de laboralidad; y b) conectan en ser medios válidos para desplegar una aplicación gradual de esa protección²⁷.

²⁶ GRAU PINEDA, C. (2018): “La economía digital o de plataformas como oportunidad para crear empleo autónomo...”, op. cit., pág. 16.

²⁷ GUERRERO VIZUETE, E. (2010): “La ¿acertada? regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente: análisis del artículo 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo”, en *Aranzadi Social*, nº 20/2010, pág. 18 (versión digital). La autora postula como opción más acertada la inclusión del TRADE como relación laboral de carácter especial; lo que permitiría configurarlo como “lo que realmente es: una figura

Las similitudes se disparan si se considera a los TRADE del sector del transporte, a quienes la disposición adicional 11ª LETA libera de los requisitos contenidos en las letras b), c), d) y e) del art. 11 para adquirir tal condición; o a aquellos cuya infraestructura no sea “relevante económicamente” y reciban equipos y materiales del cliente principal; o a aquellos que además tengan una relación laboral con este, de tal suerte que rindan cuentas ante un jefe-cliente respecto de dos vínculos jurídicos diferentes; o a aquellos TRADE que actúen como agentes comerciales de manera estable a cambio de una remuneración, a quienes no les es de aplicación el requisito de asumir el riesgo y ventura de sus operaciones comerciales ejecutadas en representación de otro²⁸.

La legislación laboral no debería permitir que las ventajas competitivas del siglo XXI se apoyen en explotar vacíos normativos para esquivar la protección social de sus trabajadores²⁹. La disposición final 1ª ET deja una puerta abierta en tanto en cuanto establece que el trabajo por cuenta propia *no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente*. Una cláusula de apertura que ya ha tenido virtualidad —en materia sindical³⁰ y preventiva³¹— y que puede volver a tenerla.

4. Conclusión y propuestas legislativas

Una década después de la aparición de la LETA, la Ley 6/2017³² porfía en fomentar el trabajo por cuenta propia como alternativa al escaso y precario crecimiento del trabajo asalariado. Pero no hace referencia al problema de los “falsos autónomos” ni el menor retoque al régimen jurídico del TRADE.

Conociendo que se va contracorriente, desde aquí se quiere abogar por extender a este frágil colectivo de profesionales el dominio aplicativo del recargo de prestaciones. Ello con el propósito de corregir la disparidad en la reparación del daño sufrido respecto de los trabajadores por cuenta ajena, quienes sí verán satisfecho el

compleja que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”.

²⁸ Vid. disposición adicional 19ª LETA.

²⁹ TODOLI SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (2018): “Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado, en *Thomson Reuters Aranzadi*, BIB 5434/2017.

³⁰ Vid. art 3.1 Ley Orgánica de Libertad Sindical.

³¹ Vid. art. 24 LPRL o RD 171/2004.

³² De 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

perjuicio ocasionado por tres vías: indemnización civil, prestaciones de Seguridad Social, y recargo sobre las mismas.

Mientras resulte más barato contratar un TRADE que un trabajador por cuenta ajena, (Seguridad Social, prevención de riesgos, vacaciones retribuidas, etc.), y sean menores los trámites administrativos con los que acarrear (IRPF, recibos de salario, cotizaciones), los “falsos autónomos” seguirán existiendo. Hacer al cliente principal pagador de un recargo en prestaciones cuando incumple algunas de las obligaciones que le impone el art. 24 LPRL y uno de sus TRADE se accidenta —o contrae una enfermedad profesional— podría desincentivar este tipo de prácticas fraudulentas, así como aguzar el sentido prevencionista de quien pretende servirse de profesionales en régimen de subordinación sin cotizar por ellos.

Imagínese un supuesto de los ya comentados en los que el TRADE, además del contrato mercantil o civil que le une a su cliente, tiene una relación laboral a tiempo parcial con la misma empresa. Si uno de estos profesionales sufriera un siniestro propiciado por una omisión informativa, una relajación de la obligación *in vigilando*, o la puesta a disposición de maquinaria, productos o materiales en condiciones inadecuadas por parte de su cliente principal, ¿se aplicaría el recargo de prestaciones? La respuesta podría obedecer a un criterio tan azaroso como “según si la contingencia acaecida hubiera sido dentro o fuera del horario plasmado en el contrato laboral”.

Y si el accidente le sobreviniera al trabajador contratado por el TRADE en uno de los supuestos previstos en el art. 11.2.a) LETA para la conciliación de su vida laboral y familiar, de tal manera que el sustituto desempeñara labores en las mismas condiciones en que lo hacía el propio TRADE, ¿entraría en juego la figura del art. 164 LGSS? Se debe entender que sí.

Una situación como la vigente, en la que el infractor —quizá urdidor además de fraude— podría escaparse del pago de un recargo por pautas tan aleatorias, es del todo indeseable. En cierto modo hasta carece de seguridad jurídica. Por ello, se propone la adición, al final del primer párrafo del art. 42.3 TRLISOS, del siguiente texto:

“A este respecto responderá además del recargo en las prestaciones económicas de Seguridad Social, generadas por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que sufran los trabajadores autónomos económicamente dependientes, como consecuencia del incumplimiento de dichas obligaciones”.

Lo anterior habría de ir de la mano con hacer una referencia parecida en el art. 8.6 LETA, el cual versa que las empresas incumplidoras de las obligaciones previstas en

los apartados 3 a 5 del mismo artículo asumirán *las obligaciones indemnizatorias de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños causados*. Lo cual encajaría con la naturaleza eminentemente indemnizatoria que viene adquiriendo el recargo de prestaciones para la jurisprudencia³³.

³³ *Vid.*, por ejemplo, las SSTS de 6 de junio de 2007 (RJ 2007, 6546), de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 7122) o de 8 de julio de 2009 (RJ 2009, 6078), que para resolver la no caducidad del expediente de recargo por el transcurso de los 135 días previstos y el consiguiente silencio administrativo desestimatorio que abre las puertas de la vía jurisdiccional social, concluyen que la figura analizada ostenta un carácter resarcitorio.

Por su parte, la STSJ de Madrid, de 23 de septiembre de 2009 (Rec. 2009, 753) califica al recargo como “indemnización adicional satisfecha en forma prestacional atípica”, no pudiendo desplazarse su responsabilidad a entidades aseguradoras.