

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Facultad de Derecho



**GRADO EN RELACIONES LABORALES Y
RECURSOS HUMANOS**

Curso Académico 2013/2014

Trabajo Fin de Grado

**Falsos Autónomos:
Consecuencias, análisis y
situación actual**

Autor: Antonio Palomares Vílchez

Tutor: Enrique Domingo López

Fecha: Junio 2014

ÍNDICE

1. Introducción.....	pág. 3
2. Caracterización del falso autónomo.....	pág. 4
3. Tipos de relaciones laborales.....	pág. 5
3.1 Trabajador por cuenta ajena.....	pág. 6
3.2 Trabajador autónomo.....	pág. 6
3.3 Trabajador autónomo económicamente dependiente.....	pág. 7
4. Notas características del empleo como falso autónomo.....	pág. 9
4.1 Clases de falsos autónomos.....	pág. 13
5. Consecuencias de la contratación de los falsos autónomos.....	pág. 14
5.1 Relación contractual mercantil.....	pág. 15
5.2 Consecuencias para el empresario.....	pág.16
5.3 Consecuencias para el trabajador.....	pág. 19
5.4 Ejecución en caso de falso autónomo.....	pág. 22
6. La contratación del falso autónomo como fraude de ley.....	pág. 24
7. Los falsos autónomos en la Administración Pública.....	pág. 30
7.1 Irregularidades de la contratación administrativa en fraude de Derecho laboral.....	pág. 32
8. Los falsos autónomos en la Unión Europea.....	pág. 35
9. Conclusiones.....	pág.36
10.Bibliografía.....	pág. 39

1. INTRODUCCIÓN

El motivo que me ha impulsado a intentar analizar esta figura atípica en nuestra sociedad fue la charla que tuve con mi Tutor de Proyecto, don Enrique Domingo López quien me dio la idea de profundizar en ella, a raíz de que varios alumnos y compañeros le comentaran la situación que algunos de ellos habían comprobado que se estaba produciendo.

¿Qué es el falso autónomo? ¿Es un fraude en nuestro ordenamiento? ¿Qué consecuencias ocasiona realizarlo, tanto para el trabajador como para el empresario? A estas entre otras preguntas intentaremos dar respuesta a lo largo del trabajo.

Los falsos autónomos son una figura compleja en nuestra sociedad; de hecho sigue habiendo una gran confusión entre éstos y los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE's). Será, pues, un punto muy importante de analizar, saber diferenciar a los falsos autónomos del resto de relaciones laborales que se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, si bien, como ya he comentado, la relación más difícil de distinguir será la que se establece con los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE's), relación que trataré de explicar con profundidad posteriormente.

Según vaya desarrollando el proyecto iré analizando quién es un falso autónomo; es decir, los requisitos que caracterizan a esta figura, para saber exactamente si nos encontramos ante un falso autónomo o no. Pero no sólo aclararé el concepto de falso autónomo, sino las diferentes clases que hay en nuestra sociedad, y las profesiones donde están más desarrollados.

A continuación se comprobará qué consecuencias trae realizar esta práctica, el porqué la realizan los empresarios, por qué los trabajadores acatan esta decisión del empresario o simplemente por qué están de acuerdo en llevarla a cabo; si la responsabilidad de realizarla recae sólo sobre el empresario, o si de ella se derivan consecuencias nada favorables para el trabajador. Para determinar cómo se lleva a cabo, habrá que comprobar cuál es la relación contractual que acuerdan ambas partes (mercantil, civil, comercial, ¿laboral?), y si la realización de ella está de acuerdo con nuestro ordenamiento.

Un punto importante será dilucidar qué se puede hacer si se conoce un falso autónomo, qué medidas habría que llevar a cabo, y qué posibilidades tendría éste en caso

de formar parte de este colectivo y querer dejar de serlo, además de estudiar las medidas que podrían tomarse, así como las consecuencias positivas o negativas si hubiera una denuncia.

A continuación analizaré uno de los puntos más importantes y complejos: si el falso autónomo es considerado un fraude de ley. La comprobación de esta situación la realizaré en base a nuestra doctrina; es decir, si esta práctica es contraria a los artículos de nuestro ordenamiento jurídico, basándome en la jurisprudencia que pueda haberse producido por las denuncias que hayan podido realizar diferentes trabajadores o ex-trabajadores a causa de algún despido.

Para concluir me detendré en comprobar si esta práctica es exclusiva del sector privado, o por el contrario la Administración Pública también la realiza, así como en las consecuencias que pueden recaer sobre ella en base a la jurisprudencia que se haya podido desarrollar. También será bueno saber si este problema se da únicamente entre nosotros o aparece igualmente en otros países europeos.

2. CARACTERIZACIÓN DEL FALSO AUTÓNOMO

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo habría que comprobar primero si esta figura está en nuestro ordenamiento jurídico, para saber exactamente si este grupo que se está desarrollando en nuestra sociedad está regulado. Comprobamos que esta figura no está regulada en ningún tipo de ley o real decreto.

Los falsos autónomos es una práctica que surge, sobre todo, por la situación de crisis en que vivimos en nuestra sociedad: por un lado nos encontramos con empresarios que ahogados por las dificultades económicas, buscan soluciones desesperadas para ahorrarse dinero, aunque sea a costa de quitarle muchos derechos laborales a los trabajadores. Por otro lado, los trabajadores, ante la falta de dinero para mantener a su familia, acceden a esta práctica. Se trata de personas que estaban trabajando por cuenta ajena, que se quedan en el paro y se establecen como trabajadores por cuenta propia. Hasta esta tesitura no se produce ningún problema. El debate surge cuando estos trabajadores por cuenta propia realizan contratos de prestación de servicios mercantiles o comerciales para otras empresas para dar cobertura legal a lo que es una relación normal de prestación de servicios por cuenta ajena, en la que ambas partes convienen disfrazar una relación laboral, en una relación mercantil. Esta situación es provechosa para las dos partes. Por un lado el falso autónomo tiene unos ingresos constantes y suficientes para mantener a su familia, ya que al ser como un trabajador por cuenta ajena recibirá unos

ingresos de forma más o menos habitual, aunque perdiendo a cambio todos los derechos laborales que se tienen cuando se es un trabajador por cuenta ajena de forma legal. Por otro lado el empresario se protege de esta situación ya sea mercantil o comercial para tener y realizar mano de obra más barata que lo que le supondría tener al falso autónomo como trabajador asalariado, ya que el coste del trabajador no solo sería el salario, sino las cotizaciones a la Seguridad Social, vacaciones, prevención de riesgos laborales etc. El empresario es el que más gana, ya que la consecuencia final es la misma, pero a un precio mucho más barato para su empresa.

Pero sin duda quien pierde en todo este entramado, en busca de beneficios para ambas partes, aunque en mayor medida para el empresario, quién el que incita a realizar esta relación, es la Tesorería General de la Seguridad Social. La realidad fingida provoca que el empresario se libere de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por el falso autónomo, provocando que la obligación recaiga sobre éste. Como el falso autónomo tiene la opción de elegir la base de cotización sobre la que realizar sus cotizaciones, provocará que la base que elija sea la mínima, lo que traerá como consecuencia una bajada en los ingresos de nuestro sistema de Seguridad Social. Ante el aumento de esta práctica no a de extrañar que la Inspección de Trabajo empezara campañas para intentar evitar esta situación, ya que el futuro de nuestro sistema y del bienestar social está en juego.

3. TIPOS DE RELACIONES LABORALES

Aunque el tema principal del trabajo va a consistir en los falsos autónomos, para saber quiénes son, en primer lugar debemos diferenciarlos del resto de relaciones laborales que nos encontramos en nuestro ordenamiento jurídico. Los tipos de relaciones laborales que nos encontramos en nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes:

- a) Trabajador por cuenta ajena o asalariado (Regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores)¹.
- b) Trabajador autónomo (Regulado en la Ley 20/2007 Estatuto del Trabajo Autónomo, de 11 de julio)².

¹Real Decreto Legislativo 1/1995 por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores en adelante LET.

² La ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo, en adelante LETA, regulará también a los trabajadores económicamente dependientes, en adelante TRADE.

- c) Trabajador autónomo económicamente dependiente (Regulado en la Ley 20/2007 Estatuto del Trabajo Autónomo).

3.1 TRABAJADOR POR CUENTA AJENA O ASALARIADO

En primer lugar como ya hemos mencionado, la primera relación laboral que nos encontramos es el trabajador por cuenta ajena que según la LET en su artículo 1.1 lo define como *“todos aquellos trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario”*. Aunque para llegar a esta definición fue clave la “Ley de Contrato de Trabajo de 1931³” que en su artículo primero dictaba que *“el objeto del Derecho del trabajo consiste en la ordenación de las relaciones jurídicas surgidas con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero”*. Siguiendo esta línea algunos autores afirmaban que *“la persona es simultáneamente el sujeto y objeto del contrato de trabajo⁴”*. Todas estas posturas de estos diferentes autores hicieron que llegáramos a la definición jurídica que define, la LET creándose así la figura del trabajador por cuenta ajena o asalariado.

3.2. TRABAJADOR AUTÓNOMO

En segundo lugar nos encontramos con los trabajadores autónomos, a los que la LETA, en su artículo primero los define como *“Toda 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 otros trabajadores por cuenta ajena”*. Es decir, y para que quede bien explicado, autónomo es el calificativo con el que se designa al trabajador por cuenta propia no asalariado, y con un régimen de vinculación a la Seguridad Social diferente al régimen general. El trabajador autónomo:

³Ley de Contratos de Trabajo de 21 de Noviembre de 1931, por la que se regulaban los convenios colectivos (negociados por los representantes de las patronales y de los sindicatos por períodos mínimos de dos años y que obligaban a ambas partes) y dictaminaba las condiciones de suspensión y rescisión de los contratos. Además establecía por primera vez el derecho a vacaciones pagadas (7 días) y protegía el derecho de huelga que, bajo ciertas condiciones, no podía ser causa de despido. “II República, movimiento obrero y repesión franquista en Sierra de Gata 1931-1939” GIL PECHARROMÁN, *Julio*, “Segunda República Española (1931-1936), Madrid, Biblioteca Nueva, 2006. pág 50.

⁴ JAVILLER J.C. Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. Nº37. “El Concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho Español y Comunitario”. SÁNCHEZ RODAS NAVARRO *Cristina*. pág.1

- Desarrolla una actividad económica.
- Realiza esta actividad por cuenta propia.
- Tiene que ser una actividad a título lucrativo.
- Esta actividad debe realizarla de forma habitual.

Las características básicas del trabajador autónomo que toda relación debe tener, como así está regulado en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores serán las siguientes:

- a) Ajeneidad: El trabajador autónomo asume el riesgo económico del negocio, tanto los beneficios que obtenga como las pérdidas que pueda producir.
- b) Dependencia: El trabajador autónomo se encarga de la organización de su propio trabajo, disponiendo para ello de sus propios medios.
- c) Retribución: El trabajador autónomo no percibe una cantidad fija, sino variable, en función de los trabajos realizados. Los ingresos que obtenga no son estables.

3.3. TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

En tercer lugar nos encontramos con la modalidad de autónomos económicamente dependientes y en la tesitura de que tanto los TRADE's como los falsos autónomos pueden dar lugar a confusión y por tanto hay que saber en qué se diferencian, y por qué unos están regulados y se consideran como una relación laboral de nuestro ordenamiento jurídico, mientras que los falsos autónomos iremos viendo poco a poco dónde están englobados en nuestra sociedad.

Los autónomos económicamente dependientes están regulados en la ley 20/2007 y los define en su artículo 11 como *“Aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*. Una de las características más importantes que recoge la LETA de forma muy general (remitiéndose a la regulación específica constituida por la LGSS⁵ y normativa de desarrollo) es que incorpora de forma obligatoria la cobertura de la incapacidad temporal

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

derivada de contingencias comunes para todos los autónomos incluidos en el RETA. Además a los TRADE´s comúnmente se les denomina “para subordinados”⁶.

El Estatuto del Trabajador Autónomo dicta que para ser considerado como autónomo económicamente dependiente deberá reunir una serie de condiciones⁷:

- a) No podrá tener trabajadores contratados ni externalizar toda o parte de su actividad.
- b) No ejecutará sus servicios de forma indiferenciada de los trabajadores por cuenta ajena contratados por el cliente principal.
- c) Dispondrá de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente.
- d) Organizará su trabajo en función de su propio criterio.
- e) Percibirá una contraprestación económica en función del resultado de su actividad.
- f) No podrá ser titular de locales comerciales o industriales.
- g) No ejercerá la profesión conjuntamente con otros mediante sociedades u otra forma jurídica.

Bajo estas características de los TRADE´s se empezó a vislumbrar una delgada línea que delimita los trabajadores autónomos dependientes y el trabajador asalariado surgiendo las figuras de los falsos autónomos. Sólo las relaciones laborales que se han mencionado anteriormente están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que los falsos autónomos no lo están, están excluidos de la definición de autónomos, y por tanto es una situación anómala que tiene ventajas para la empresa pero perjudica al trabajador.

En definitiva, y para que quede bien claro, la diferencia entre los TRADE´s y los falsos autónomos, es que mientras los TRADE´s son trabajadores por cuenta propia que pueden ejercer su actividad fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que los contrata, los falsos autónomos se integran de forma completa en la estructura empresarial; son trabajadores normales que tienen sus tareas, sus horarios, y están a expensas de las decisiones que tome el empresario a cambio de una retribución monetaria negociada al principio de lo que es una relación laboral encubierta. Como vemos, la clave principal para diferenciarlos es la independencia; los que son independientes, asumen sus propios riesgos como cualquier autónomo a la hora de

⁶ Se les denomina así porque la “para subordinación” es toda aquella persona que depende de otra, como es el caso de los TRADES.

⁷ Artículo 11.2 y 11.3 de la Ley 20/2007 de 11 de Julio, del Estatuto del trabajo autónomo. “Condiciones del trabajador Autónomo Económicamente dependiente”.

emprender cualquier negocio, mientras que los falsos autónomos dependen de una o varias personas como cualquier trabajador en una empresa que tiene su contrato.

4. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL EMPLEO COMO FALSO AUTÓNOMO: DEFINICIÓN.

En primer lugar hay que saber qué es un falso autónomo y el porqué los llaman así. Primero hay que repetir que no están regulados en ningún Estatuto, Ley o Real Decreto lo cual me hace pensar que ya de por sí no puede ser legal. El falso autónomo vive en el alambre, vive en esa aduana que es la línea entre dos fronteras entre las diferentes ramas del Derecho, por un lado el Derecho del Trabajo y por otro el Derecho Civil o Mercantil. Como ya he mencionado antes, una de las principales características de los falsos autónomos con respecto a los autónomos o los TRADE´s es que no tienen independencia, acatan una serie de órdenes empresariales y organizativas como cualquier trabajador asalariado, pero una de las claves importantes, sino la más importante, es que el falso autónomo vive escondido y en la sombra. Es como el aire que sabemos que existe pero no lo vemos; el motivo es muy simple: cuantos menos indicios haya de que existan, más complicado será demostrar que es una relación laboral.

Son pocas las diferencias que hay entre autores al dar una definición de falso autónomo, ya que el concepto de éstos está más o menos claro, pues al no estar regulado en ningún lugar, no ha existido una evolución de dicho concepto como sí ha podido ocurrir por ejemplo con los TRADE´s.

*“Por un lado se entiende por falsos autónomos a quienes siendo formalmente autónomos y en consecuencia debiendo pertenecer a la categoría anterior porque su relación jurídica con los clientes es de índole mercantil, quedan sometidos a una dependencia económica al tener un solo o muy pocos clientes. No se sujetan a horarios ni ejercen su trabajo en los locales de la empresa, ni sufren el control personal del empresario, trabajan de forma personal e independiente pero dependen económicamente de él”*⁸. Aunque este autor en su concepto parte de la premisa de que el falso autónomo es como un TRADE, ya que dice que no está sujeto a horarios, ni ejerce su trabajo en ningún local, como por ejemplo transportistas, comerciales o agentes de seguros, donde éstos no tienen horario específico ni necesitan ir a un puesto de trabajo físico, como sí podría ser un profesor o un administrativo, también es cierto que

⁸ HERNÁNDEZ-LISSEN BONILLA J. Ignacio. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Revista “Derecho.com”, 15 de Julio de 2004. “Autónomos, semiautónomos y falsos autónomos”

hay casos donde sí están integrados en la estructura empresarial, y además están sometidos a un horario y acuden a un centro de trabajo para prestar sus servicios. Para que quede bien claro lo que dice este autor es que los falsos autónomos realizan su trabajo bajo las premisas básicas del trabajo asalariado o por cuenta ajena (dependencia, ajeneidad, y remuneración económica de forma periódica), pero se encuentran ante las obligaciones fiscales y de Seguridad Social propias de cualquier trabajador autónomo. El falso autónomo se encuentra en una relación laboral de subordinación tanto a nivel organizativo como a nivel económico respecto de la empresa para la que presta sus servicios. En definitiva se es falso autónomo cuando⁹:

- Diariamente visita a su cliente
- Recibe el encargo de la realización de una obra o servicio que no puede rechazar
- Percibe una retribución económica determinada de forma unilateral.
- Existe dependencia a la hora de tomar decisiones (no tiene capacidad para especificar por ejemplo su horario o carga de trabajo) y dependencia económica.
- Se enmascara bajo la figura de autónomos o TRADE´s una relación laboral de tipo asalariado.
- Tienen subordinación de forma íntegra tanto a nivel organizativo, como técnico y económico, respecto a la empresa para la que presta sus servicios.

Este autor manifiesta que los falsos autónomos en muchos casos lo que hacen es que con la premisa de cubrir esta relación fraudulenta, se constituyen en cooperativas laborales o en comunidades de bienes creando ficticiamente un entorno probatorio que sirva para tratar de acreditar la supuesta realización de trabajos por cuenta propia. Se trata por tanto de la realización de negocios en fraude de ley donde se lleva a cabo un acuerdo simulado con la finalidad de crear, con engaño, una apariencia falsa, a partir de la cual pueden lograrse finalidades no admitidas por el ordenamiento jurídico.

Como se puede comprobar, este autor definió perfectamente lo que a día de hoy es un TRADE, y es que hasta que en 2007 no se reguló esta figura, a los TRADE´s se les consideraba falsos autónomos, siendo por tanto una figura que no estaba contemplada en

⁹ HERNÁNDEZ-LISSEN BONILLA *José .Ignacio*. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Revista "Derecho.com", 15 de Julio de 2004. "Autónomos, semiautónomos y falsos autónomos". Definía así las características básicas de los que entonces se denominaba falsos autónomos. Hay que tener en cuenta que estas características que el dicta son anteriores a la inclusión del TRADE en nuestro ordenamiento jurídico.

nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, Calvo Gallego los definía como “*un colectivo que careciendo de dependencia en sentido técnico, presentaría un régimen de dependencia económica que no personal, tarea que en muchas ocasiones caen fuera del concepto tradicional de servicios profesionales y que no en pocos casos vienen a coincidir con otras desarrolladas de forma jurídicamente subordinadas*”¹⁰. Todas estas aproximaciones de definiciones de los TRADE’s daban lugar al que entonces era el concepto de los falsos autónomos. Con la creación de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo, y la inclusión de los TRADE’s en su regulación, nacía un nuevo colectivo en nuestro ordenamiento jurídico, desapareciendo entonces la figura del falso autónomo, bien es cierto que ésta no desapareció del todo, naciendo un nuevo falso autónomo encubierto en las empresas como un trabajador asalariado.

Por tanto, y viendo cómo antes de la inclusión de los TRADE’s en nuestro ordenamiento jurídico a éstos se les consideraba falsos autónomos, podemos decir actualmente que se es falso autónomo “*cuando la relación es laboral, aunque los papeles digan que es profesional*”¹¹. Que haya relación laboral quiere decir que no se es autónomo, sino un trabajador más de la empresa como cualquier otro. Por suerte, las relaciones están claramente establecidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, relaciones que son¹²:

- Voluntariedad: El trabajador firma un contrato de forma libre; por tanto, los trabajos forzosos están prohibidos, como así lo dicta la Constitución.
- Remuneración: El trabajador presta unos servicios a cambio de una compensación económica. Es decir que da lo mismo que te paguen un sueldo fijo o que te paguen por horas de trabajo. Para el caso que estoy tratando se puede demostrar si es falso autónomo con el pago, que lo puedes probar con la existencia del contrato mercantil, las facturas que se emiten en la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), o los pagos que se hacen por ingresos en cuenta o cheques.

¹⁰CALVO GALLEGO F.J. “Los Trabajadores Autónomos dependientes: en una aproximación laboral”.Temas Laborales núm 81. 2005.

¹¹ Revista Asesoramiento laboral para trabajadores en España. “El Falso Autónomo” Pág 1. En la opinión vertida de este artículo se hace mención a “los papeles”, vistos éstos como el supuesto contrato que se firma para que haya un acuerdo en este tipo de relación que se está desarrollando. Pero en este sentido debemos decir que en ningún caso se trata de un contrato de trabajo.

¹² Artículo 1.1 del Estatuto de los trabajadores donde se regulan las características básicas de toda relación laboral.

- Dependencia: El empresario es quien organiza y dirige la actividad laboral y a cuyas órdenes está sometido el trabajador. Para los falsos autónomos sería la realización supuesta bajo la dirección y control de la empresa o la inclusión del trabajador en el ámbito de organización de la empresa o la subordinación del trabajador al empresario
- Ajeneidad: Los beneficios del trabajo realizado por el trabajador no son suyos, sino que son del empresario.

En este punto hay que decir que tales son los límites a los que llegan los empresarios por evitarse una serie de gastos que *“dictan que en muchas ocasiones en las que si alguien está trabajando como falso autónomo, sin contrato, ni alta en la Seguridad Social, el empresario le anunciará que si hubiera una inspección de trabajo o una demanda del propio trabajador, éste se excusará diciendo que no está trabajado allí, muchos incluso diciendo que es un amigo que le está haciendo un favor”*¹³. Son una de tantas cosas que se inventan los empresarios para conseguir sus propios beneficios, ya que incluso las relaciones de amistad, benevolencia o buena vecindad están reguladas en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y por tanto la empresa debería demostrarlo.

En resumidas cuentas se puede decir que en los falsos autónomos la característica básica es que no son independientes, puesto que están sometidos a una relación laboral encubierta, como así lo simplifica la siguiente sentencia del tribunal supremo de 2885/2009, de 30 abril¹⁴. Sus características se resumen en los siguientes términos:

- a) Los trabajadores habían prestado sus servicios.
- b) Los servicios los habían prestado como trabajadores autónomos.
- c) Los trabajadores acudían cada dos días a la empresa.
- d) El horario era distribuido a su conveniencia por los trabajadores.
- e) El trabajador suscribió un contrato mercantil en donde se expresaba que se realizaría la prestación de servicios como autónomo, abonando la empresa cantidades por unidad y servicio.

¹³ Revista Asesoramiento laboral para trabajadores en España. “El Falso Autónomo”. 13 de Diciembre de 2010. Pag.1

¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo 2889/2009 de 30 de Abril, resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina.

La empresa no estaba de acuerdo, al considerar que la relación no era laboral sino mercantil por no estar las características básicas de toda relación laboral.

El tribunal dictó sentencia a favor del trabajador al comprobar que concurrían los requisitos que el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores establece. Por tanto con esta sencilla sentencia se puede demostrar si se está trabajado como falso autónomo, lo único que hay que hacer es obtener las pruebas necesarias para demostrar que estás realizando una actividad laboral en base a los requisitos que establece el artículo 1.1. de la LET.

4.1 CLASES DE FALSOS AUTÓNOMOS

En esta tesitura tenemos que decir que no hay un solo tipo de falso autónomo, pues si bien es cierto que el que más se conoce es el que se encuentra integrado en una estructura organizacional cualquiera como trabajador asalariado, también los hay que no es necesario que estén en un centro de trabajo específico, sino fuera del ámbito organizacional. Las profesiones en donde nos encontramos este segundo grupo de falsos autónomos están relacionadas con los comerciales o corredores de seguros, pues su actividad principal se realiza fuera de un centro de trabajo, ya que la naturaleza de su profesión es la venta de cualquier producto o de un seguro, y este trabajo generalmente se realiza en la calle. Pero no solo en el ámbito de los comerciales es donde hay falsos autónomos. De hecho son cada vez más los sindicatos que denuncian este tipo de prácticas en diferentes tipos de profesiones como puede ser la agricultura, turismo, hostelería, comercio, periodismo, marketing, informática y un largo etcétera. Pero sin duda una de las profesiones más afectada por esta práctica es la arquitectura: en una encuesta, el 60%¹⁵ de estos profesionales afirmaban que trabajaban o habían trabajado en esta modalidad de hecho desde que en 2008, que fue el primer año del inicio de la crisis, con todo el estallido de la burbuja inmobiliaria, esta práctica suponía el 60% del total, aunque en una posterior encuesta esta cifra había bajado al 24%¹⁶.

Como podemos comprobar, no es un hecho aislado esta práctica, pues si bien es cierto que es entre los arquitectos donde se focaliza más este hecho, como ya he comentado anteriormente, en otras profesiones también se encuentra este tipo de trabajadores. Aunque bien es cierto que es muy complicado de determinar cuántos

¹⁵ Diario Juridico.com. “Las cifras de empleo esconden a un creciente número de falsos autónomo”. Núm 4 de Abril de 2014.

¹⁶ Diario cinco días. “El 24% de los arquitectos son falsos autónomos” Núm 28 de Noviembre de 2011.

falsos autónomos hay actualmente en nuestro país, el método más acertado para determinarlos es la Encuesta de Población Activa (EPA), donde se incluye una cuestión a los TRADE's, que es, si trabajan en exclusiva para una empresa o si por el contrario trabajan para varias. *“Una de las últimas encuestas desarrollada por la EPA, establece que en este grupo estarían unos 250.000 trabajadores de los cuáles 160.000 declararon desarrollar su actividad para un solo cliente, los otros 90.000 casi en exclusiva para una empresa”*¹⁷, por lo que muchos podrían estar simulando ser TRADE, pero realmente son falsos autónomos que realizan su trabajo para una única empresa.

5. CONSECUENCIAS DE LA CONTRATACIÓN DE LOS FALSOS AUTÓNOMOS.

Visto lo que son los falsos autónomos, la pregunta que me hago es por qué lo realizan las empresas, y ya no sólo eso sino por qué los propios individuos que se convierten en falsos autónomos aceptan estas premisas. Quizás la explicación más sencilla sea que ello se deba a la crisis, que a los trabajadores no les queda otra opción que acatar lo que dictan los empresarios si no quieren estar engordando las listas del paro; que aún a sabiendas de que no es una situación legal, se arriesgan a ello con tal de seguir percibiendo un sueldo, aún sabiendo que están desprotegidos en cuanto a prestaciones de seguridad social, accidentes de trabajo, vacaciones o despidos. Todos estos son algunos de los derechos que se dejan de tener por el simple hecho de aceptar o consentir el convertirse en falso autónomo.

La situación de recesión económica que hemos vivido y estamos viviendo en nuestro país ha provocado que gran cantidad de empresas eviten o intenten disminuir los costes fijos, provocando con esto una precariedad laboral. Según RAFAEL PARDO, responsable de la Asociación de Trabajadores Autónomos *“Las empresas huyen de los costes fijos y prefieren externalizar los servicios, ya que no saben cuándo se va a recuperar la demanda, y por tanto buscan la flexibilidad”*¹⁸. Esta es una de las claves que hace que los empresarios se aventuren a realizar este tipo de relación laboral encubierta. Los tiempos de crisis en los que estamos provoca que tanto empresarios como trabajadores adopten medidas desesperadas, y si ya de por sí la última reforma laboral que realizó el gobierno, era un paso atrás en cuanto a precariedad laboral en

¹⁷ Periódico ABC. “Falsos Autónomos. ¿Un fraude creciente para la empresa? Núm 17 de Marzo de 2014. Jorge Murcia.

¹⁸ PARDO Rafael, “Los Falsos Autónomo”, Levante el Mercantil Valenciano, Pág. 1

muchos aspectos, gran cantidad de empresarios han ido más allá realizando esta práctica. Una práctica que cada vez va a más y que es muy difícil de detectar, ya que en muchas ocasiones los empresarios dejan a los trabajadores sin opción de maniobra, los ponen en la difícil tesitura de convertirse en autónomos o pasar directamente a engordar las listas de paro. La única posibilidad que les queda a estos trabajadores es acudir a la Inspección de Trabajo para denunciar esta situación, si bien es cierto que la realidad es, que también hay trabajadores que aceptan estas condiciones con tal de mantener su puesto de trabajo. La situación en la que nos encontramos provoca que los empresarios se aprovechen de esta situación, sabiendo de antemano que la mayoría aceptará con tal de mantener su puesto de trabajo. La pregunta entonces que abre la tesitura de los que aceptan estas condiciones sería qué es lo que realmente pierden, a qué se exponen si aceptan y qué ventajas son las que consiguen, sí es que realmente hay alguna.

5.1 RELACIÓN CONTRACTUAL MERCANTIL

En primer lugar tendríamos que definir el derecho mercantil para entender este tipo de relación contractual en el caso que se está tratando, Sánchez Calero, lo define *“como la parte del Derecho Privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas al empresario y a los actos que surjan del ejercicio de su actividad económica”*¹⁹. Partiendo de esta definición toda relación mercantil tiene que venir derivada de un contrato mercantil. *“El contrato mercantil es aquel en el que una persona realiza un trabajo o una prestación de servicios a una empresa a cambio de una comisión”*²⁰. La diferencia más importante entre éstos y un contrato laboral es que el trabajador es independiente; es decir, no tiene que estar a expensas de un empresario que le indica cómo debe realizar su trabajo. Además, en un contrato mercantil el trabajador utiliza sus propios medios y el salario que recibe no es fijo, sino que depende de los beneficios que consigan; por ejemplo, los corredores de seguros o los comerciales, reciben una cantidad de dinero dependiendo de los seguros obtenidos o los productos vendidos respectivamente, por tanto cada mes la cantidad obtenida será diferente.

Como ya se ha comentado anteriormente, para que haya un contrato mercantil, el trabajador debe darse de alta en el RETA, ya que la empresa no paga las cotizaciones por el trabajador a la Seguridad Social. Además, el trabajador no tiene ningún tipo de

¹⁹ SANCHEZ CALERO J. “Principios del Derecho Mercantil”. 2003

²⁰ Los contratos mercantiles están regulados en los artículos 116 y ss del Real Decreto de 22 de Agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

nóminas, sino que realiza una serie de facturas para que la empresa se las retribuya. Estas facturas llevarán el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y la correspondiente retención del Impuesto de Rentas sobre las Personas Físicas (IRPF). Todo contrato mercantil supone la no retribución en concepto de finiquito, vacaciones o indemnización en caso de extinción del contrato. Además este tipo de contratos no cotizan para el desempleo, a no ser que el trabajador haya establecido algún tipo de cotización especial por paro dentro de la modalidad de autónomo.

Para el caso que se está tratando, en el que el trabajador se da de alta como autónomo pero en realidad está como un trabajador asalariado, se suele realizar mediante un contrato de prestación de servicios²¹. En este sentido hay que decir que es muy común este tipo de contratos para realizar una relación comercial con cualquier empresa, pero es muy importante prestar mucha atención a este tipo de contratos, pues en cualquier cláusula es donde se puede estar incurriendo, de forma encubierta, en el nacimiento del falso autónomo. Por tanto es muy importante comprobar y leer bien las cláusulas, pues es donde los empresarios están intentando realizar esta práctica para ahorrarse cierta cantidad económica y ni siquiera el trabajador que está firmando se está percatando de dicha situación, con las consecuencias futuras que puede acarrearle.

5.2 CONSECUENCIAS PARA EL EMPRESARIO

Lo que realmente se ahorran los empresarios son costes y responsabilidad por la relación laboral. Para empezar, se ahorran el gasto que les ocasiona el tener de alta a un trabajador en la Seguridad Social. No es lo mismo estar pagando una cuota que corresponde a cada contingencia protegida, que no pagar nada; en este sentido el ahorro para el empresario es importante, dependiendo también de la cantidad de trabajadores que tenga a su cargo (según el tamaño de la empresa), y de cuántos tenga en esta situación.

Además, a la firma del contrato de trabajo surge una serie de derechos para el trabajador a los que el empresario debe responder, como puede ser el abono de las vacaciones, que en esta situación no debe pagarle, ya que al darse de alta como autónomo no es obligación del empresario abonarlas, incluso aunque se haya firmado algún tipo de contrato. Para el empresario, además, será un aliciente el realizar este tipo

²¹ El contrato de prestación de servicios, es un contrato de arrendamiento de servicios, así está regulado en el artículo 1542 del código civil que dicta “*que el arrendamiento puede ser de cosas, de obras o servicios*” y su artículo 1544 que dicta “*que en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicios por un precio cierto*”

de acción porque los trabajadores no tendrán derecho a la huelga²², y eso para el empresario será un alivio ya que sabe de antemano que esta práctica no la podrán realizar, no porque no pueda, ya que la huelga es un derecho fundamental, sino porque no tendría sentido declararse en huelga por esta situación, ya que se expondría el propio trabajador a una sanción por parte de la Inspección de Trabajo por realizar esta práctica.

En caso de despido, el empresario no tendrá ninguna obligación de pagarle ningún tipo de indemnización²³, ya que no hay ningún tipo de contrato que ampare este derecho del trabajador.

Para los casos de enfermedad común y accidente no laboral, el empresario no tendría ninguna obligación para el trabajador, ya que a éste se lo cubriría el RETA, al estar dado de alta como autónomo, así que las prestaciones básicas que éste le cubra serán a lo que tendrán derecho estos trabajadores. En cuanto a los accidentes de trabajo o enfermedad profesional, hay que tener en cuenta que si el trabajador puede demostrar que está trabajando para una empresa como si fuera un trabajador asalariado cuando en realidad está dado de alta en el RETA, en éstos casos, tanto de enfermedad profesional, como de accidente de trabajo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es muy clara ya que impone al empresario, y también al trabajador una serie de obligaciones para garantizar la seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, el artículo 42 de dicha ley dicta *“que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”*²⁴. En cuanto a responsabilidades administrativas, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica como infracciones *“las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan la normativa en el orden social, entre otras, las relativas a la seguridad y salud laborales”*²⁵. *“Las sanciones son*

²² El derecho a la huelga, es un derecho fundamental recogido en el artículo 28 de la Constitución española de 1978.

²³ Las indemnizaciones por cualquier tipo de despidos improcedentes son 45 días por año de antigüedad anterior al 12/2/2012 y 33 días por año de antigüedad posteriormente a la fecha indicada, regulado esto en el Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de Febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, articulado en la disposición transitoria quinta. Por despido objetivo o colectivo procedente son 20 días por año, regulado en el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido y por despido disciplinario procedente no hay indemnización, regulado en el artículo 54 de la LET.

²⁴ Tipificado en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante la LISOS, en su artículo 42.

²⁵ Regulado en el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de Agosto. Texto Refundido de la LISOS en su artículo 1.1.y 11

*principalmente de carácter económico y oscilan entre los 40 y los 819.780€ de multa*²⁶, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves. “*Cuando haya circunstancias de una gravedad excepcional en las infracciones, cabrá la sanción consistente en la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o incluso en el cierre del centro de trabajo correspondiente*”²⁷. Además “*podrá limitarse la facultad de contratar con la Administración cuando se hayan cometido infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo*”²⁸, “*todo ello está fijado en los términos contemplados en la legislación específica*”²⁹. Como se puede comprobar, el riesgo que asumen los empresarios en cuanto a la responsabilidad administrativa que recae sobre ellos es bastante alto, no solo en cuanto a sanciones pecuniarias o económicas se refiere, sino también en cuanto al riesgo de sanciones como puede ser el cierre del centro de trabajo. Bien es cierto que en un primer lugar los trabajadores deben demostrar que están prestando un servicio como trabajador asalariado (cómo pueden demostrar esta situación los trabajadores lo veremos más adelante), pero aún así, el riesgo que corre el empresario de que le pueda caer una sanción bastante grande es innecesario. En cuanto a la responsabilidad penal, el Código Penal establece diferentes tipos en los que el empresario, al incumplir su deber de protección de la seguridad y salud en el trabajo, puede incurrir. Estos tipos son:

- Delitos contra la seguridad y salud en el trabajo³⁰.
- Delitos y faltas de lesiones y de homicidio³¹.

En lo que se refiere a la responsabilidad civil que puede tener el empresario en caso de producirle al trabajador algún daño por algún incumplimiento de cualquier tipo de obligación que pueda producirle algún accidente de trabajo o cualquier enfermedad de índole profesional, el artículo 1101 del Código Civil establece que “*quedan sujetos a*

²⁶ Tipificado en la LISOS, en su artículo 38 y ss.

²⁷ Regulado en la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales en adelante PRL, en su artículo 53.

²⁸ Artículo 54 de PRL.

²⁹ Regulado en la Ley de Contratos de la Administración Pública, en su artículo 20.d.

³⁰ Tipificado en el Artículo 316 del Código Penal el cual dice que “*los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuada, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses*”.

³¹ Tipificados en los Artículos 138, 142, 147 y 621 del Código Penal, en función que se produzcan efectivamente un resultado dañoso o lesivo.

la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y lo que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". Esta responsabilidad consiste en satisfacer una indemnización por daños y perjuicios al trabajador perjudicado, como por ejemplo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 2/10/2000 en la que *"el trabajador accidentado, tiene derecho a su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes de trabajo no afecta solo al ámbito laboral y a la merma de la capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir de forma perjudicial en aspectos de la vida personal, familiar o social de aquél y de las personas que del mismo dependan"*³².

Como hemos visto, en este sentido la responsabilidad que puede recaer sobre el empresario es triple (administrativa, penal y civil), siendo graves las consecuencias que le pueden caer por realizar dicha práctica.

Como podemos comprobar, los empresarios miran su bolsillo, aunque solo sea para ahorrarse una mínima cantidad por el simple hecho de tener a uno o varios trabajadores prestándoles un servicio pero estando éstos dados de alta en el RETA, en comparación a la multa o sanción que podría recaer sobre ellos en caso de que fueran detectados haciendo esta práctica.

5.3. CONSECUENCIAS PARA EL TRABAJADOR.

Básicamente, las consecuencias a las que se exponen los trabajadores que se prestan a realizar esta práctica, aparte de las que he mencionado anteriormente para los empresarios, y que de forma retroactiva pueden ser para los trabajadores, son las siguientes:

- a) La cotización a la Seguridad Social, no es la misma para un trabajador autónomo, que para un trabajador por cuenta ajena. Mientras que la de un trabajador autónomo no es de más de 260€, incluso en caso de que eligieran otra base de cotización, aún sería menor, ya que no cotizan por ciertos conceptos, la de un trabajador por cuenta ajena a jornada completa alcanza un importe que no será en ningún caso inferior a 380€.
- b) El trabajador no dispondrá de la limitación de una retribución mínima por el trabajo, que fija el convenio colectivo; es decir, dependiendo de la categoría

³² Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª. De recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas.

profesional, los trabajadores tienen derecho a una retribución mínima que ha sido establecida previamente en el convenio colectivo. Al ser falso autónomo, no tiene derecho a ésta retribución mínima, y por tanto el empresario podrá pagarle menos.

- c) No se le abonarán las vacaciones, ya que supuestamente está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), y por tanto no dependen de ningún empresario que tenga la obligación de abonarle los días de vacaciones a los que sí tendría derecho en caso de una relación laboral por cuenta ajena o asalariado. Distinto sería que en esta relación fraudulenta hubieran acordado mediante algún tipo de acuerdo o firma de algún supuesto contrato, la percepción por vacaciones, pero el empresario en ningún caso tiene la obligación de abonarlas.
- d) En caso de enfermedad común o accidente no laboral, el empresario no tendrá ninguna responsabilidad, y la cobertura que actualmente da el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) es menor que el Régimen General; por tanto es otro ahorro que consiguen los empresarios.
- e) En el caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo, es la misma situación, ya que al no estar dado de alta en el Régimen General, la cobertura por esta situación deberá cubrirse por el RETA, pues se supone que es autónomo.
- f) Por supuesto, al no tener una relación laboral por cuenta ajena o por ser asalariado común, no tendrá derecho, ya esté trabajando para una empresa privada o para un ente público (en donde también hay casos de falsos autónomos, que detallaré más adelante), a ningún tipo de excedencias³³, ya sean voluntarias (por cuidados de hijos, familiares o por intereses particulares), forzosas (para el ejercicio de cargos públicos o sindicales) o pactadas (suspensión por mutuo acuerdo).
- g) En caso de extinción del contrato de trabajo, no tendrá derecho a ningún tipo de indemnización que no se haya pactado en contrato, independientemente del tipo de trabajo para el que se le contrató (albañil, agentes de seguros transportistas o administrativo) o el supuesto contrato que se le realizó (por

³³ La regulación de las Excedencias nos las encontramos en el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (Actualizada el 2 de Marzo de 2014 y vigente hasta el 1 de Enero de 2015) en su artículo 46.

obra y servicio, por circunstancias de la producción etc...), y en cualquier caso, si se acordó en algún tipo de documento será muy inferior a la que realmente le correspondería por los servicios prestados.

- h) En el supuesto de que el empresario no pagara el sueldo establecido, el falso autónomo no tendrá la cobertura que da la legislación laboral.
- i) Los derechos de permisos, reducciones de jornada o una simple maternidad por parte de una trabajadora, son impensables si se es un falso autónomo, porque por supuesto se supone que estás dado de alta en el RETA, así que cualquier derecho o prestación que no esté cubierto por este régimen, simplemente no se tiene.

Comprobamos, pues, que no tiene ninguna ventaja el ser falso autónomo, salvo el hecho de que sigues manteniendo un puesto de trabajo. Ciertamente es que hoy en día tener trabajo es un lujo que no todos tenemos, pero si la gente sigue abriendo la mano por el simple hecho de mantener el puesto de trabajo, llegará un momento en el que los empresarios tendrán prácticamente el poder total sobre los trabajadores sin que nadie les tosa a la hora de realizar alguna recriminación.

Vemos que las desventajas de ser falso autónomo no son sin importancia, sino que te recortan muchos derechos fundamentales del trabajador; por tanto es mucho mejor estar en el régimen general que en el régimen de autónomos. Bien es cierto que en la tesitura que estamos tratando, esta decisión no la toman los individuos, sino que es la propia empresa la que te obliga a darte de alta como autónomo si quieres trabajar; por tanto no se trata de una relación de igual a igual, sino que es el empresario el que te deja claro que si quieres trabajar, te das de alta como autónomo. En gran cantidad de veces el control sobre la actividad de los trabajadores será mínimo, casi ridículo, puesto que serán los propios empresarios los que se encargarán de imponer los asesores que tienen que contratar para asegurarse que cumples con los requisitos de un autónomo, y aunque ellos te lo vendan como una forma de ahorrarte tiempo y papeleo, lo cierto es que se trata sólo de una simple medida de control para quedarse tranquilos y saber que han cumplido con la condición establecida previamente a la realización de la prestación de servicio.

5.4 EJECUCIÓN EN CASO DE FALSO AUTÓNOMO

Una de las grandes preguntas que se pueden hacer todas aquellas personas que son o creen ser falsos autónomos, es qué se puede hacer si se es un falso autónomo. La respuesta es bien sencilla: si quieres evitar seguir perteneciendo a este grupo, lo mejor que se puede hacer es demandar ante la Inspección de Trabajo o jurisdicción social.

Toda vez que el trabajador es consciente de la situación en la que se encuentra, y entiende que puede demostrar la situación en la que está, podrá intentar buscar alguna solución. En este punto hay que decir que pueden aparecer dos casos: o bien que el trabajador se encuentre prestando un servicio en la empresa como falso autónomo o bien que éste no se encuentre realizando ningún servicio en el centro de trabajo porque ha sido despedido. En esta tesitura habrá que diferenciar qué se puede hacer en cada caso.

El caso más fácil para realizar la denuncia es cuando el trabajador está realizando una prestación de servicio en el centro de trabajo. En este caso podrá acudir a la Inspección de Trabajo para realizar la denuncia, en la que deberá constar³⁴:

- Datos de identificación personal del denunciante y su firma.
- Los hechos presuntamente constitutivos de infracción.
- Fecha y lugar de su acaecimiento.
- Identificación de los presuntamente responsables.
- Demás circunstancias relevantes.

Una vez que el inspector del trabajo acuda al centro de trabajo, realizará un informe que tendrá presunción de certeza. Si este informe sentencia que hay una relación laboral encubierta, se obligará al empresario en primer lugar a dar de alta al trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social, además de pagar las cuotas debidas y los demás recargos e intereses en concepto de multa por la situación de encubrimiento realizada. Ciertamente es que para que esto se produzca es necesario que haya una aportación de pruebas por parte del trabajador, ya que éstas son requisito imprescindible para poder descubrir esta situación. En la mayoría de los casos y como ya explicamos en el punto de la relación contractual mercantil, una de las pruebas fundamentales son las facturas por las que el empresario paga al falso autónomo, pero las facturas no tienen por qué ser la única prueba que descubra esta relación, sino que también, por ejemplo, pueden ser pruebas poder probar que cumplía con un horario preestablecido, el tener vacaciones, o

³⁴Regulado en el Real Decreto 928/1998 por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social en su artículo 9.1.f

el depender de unos medios para realizar el trabajo que no son propiedad del trabajador. En definitiva, todas aquellas circunstancias que hagan ver que el trabajador está desempeñando una relación de trabajo por cuenta ajena, bajo las directrices de un empresario que le ordena. Está claro que el empresario intentará por todos los medios aportar pruebas contrarias, testimonios que desdigan lo expuesto por el trabajador, incluso puede llegar al extremo de que el trabajador firme algún documento, en el que se comprometa a no denunciarlo en un futuro.

Por otra parte, puede suceder que un trabajador haya estado ejerciendo como falso autónomo y sea despedido. En este caso la denuncia debe dirigirse al Juzgado de lo Social dentro “*de los 20 días siguientes en el que se produjo el despido*”³⁵, pero antes de acudir al Juzgado de lo Social, es requisito previo para la tramitación de cualquier despido realizar un intento de conciliación ante el SMAC (Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación) y, en caso de fracaso, entonces sí se procederá ante el Juzgado de lo Social, qué será quien dicte si realmente hubo un relación laboral encubierta. Es importante saber que lo justo es lo que dicte el tribunal competente, como lo prueba, por ejemplo, la sentencia nº 466/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid que ha condenado a Titania Compañía Editorial S.L. que a su vez es editora del diario digital “El Confidencial” por el despido improcedente de Carlos Fonseca. En la sentencia se probó que el trabajador venía realizando una prestación de servicio por cuenta de la empresa, con un horario establecido, en las dependencias de la empresa, utilizando los medios que ésta le facilitaba, que durante cierto período de tiempo estuvo dado de alta en el RETA y que meses después se regularizó su situación como un trabajador por cuenta ajena; que incluso el trabajador aportó la confesión de un testigo, compañero de trabajo, que confirmó todo lo anteriormente detallado. De hecho la sentencia en su fundamento de derecho número 2 establecía que “*No es objeto de discusión la calificación del cese del actor, que la empresa como improcedente, habiéndole incluso abonado una indemnización por importe de 14.928,60€, la cual el trabajador demandante ha percibido sin perjuicio de expresar su disconformidad con la misma por no estar de acuerdo ni con la antigüedad ni con el salario tenidos en cuenta para su cálculo.* En el fundamento de derecho número 3 establecía claramente que “*la jurisprudencia es constante al considerar que las relaciones jurídicas deben calificarse*

³⁵Toda Demanda de Despido está regulada en la Ley de Jurisdicción Social 36/2011 de 10 de Octubre, donde indica en su artículo 103 que “El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional”

acudiendo a su verdadero fondo o contenido material, y no a la articulación externa ni al formal “nomen iuris” (primacía de la realidad) que las partes hayan podido darles. En el presente caso es claro que concurrían las notas jurídicas de la laboralidad contractual desde el inicio de la prestación de servicios para el actor. Dichas notas, vienen establecidas por el artículo 1, apartado 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, y son la habitualidad, la retribución, la amenidad de medios y frutos y la incardinación en el ámbito rector, organizativo y gerencial del empresario. De hecho y como bien se explica en la propia sentencia, fue la propia empresa la que admitió este carácter laboral de la prestación de servicios que realizaba el trabajador, “cuando a fecha 1 de Julio de 2011 se suscribió un contrato de trabajo, siendo así que, la actividad laboral del demandante fue exactamente la misma antes y después de la suscripción de dicho contrato de trabajo”.

Por tanto, el fallo de la sentencia fue como no podía ser de otra manera, favorable para el trabajador ya que la consecuencia fue *“la readmisión del trabajador en idénticas condiciones y con los mismos derechos que ostentaba antes de producirse el despido, debiendo además abonarle en tal caso una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, además de una indemnización de 15.331,35€”*³⁶.

Como vemos lo importante es lo que dicte el juzgado o tribunal competente, bien es cierto que es parte fundamental que se pueda probar esta situación, como en la sentencia anteriormente descrita.

6. LA CONTRATACIÓN DEL FALSO AUTÓNOMO COMO FRAUDE DE LEY.

Para saber si la contratación de un falso autónomo está considerada como fraude de ley, primero tendríamos que saber exactamente lo que se considera fraude. En este sentido el Código Civil establece que *“los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*³⁷.

Teniendo en cuenta la definición del Código Civil, en la rama que nos ocupa, que sería el Derecho Laboral, tendríamos que comprobar si se produce alguna vulneración de

³⁶ Sentencia del Juzgado de los Socia nº2 de Madrid de 22 de Octubre de 2013

³⁷ Regulado en el capítulo III, de eficacia general de las normas jurídicas en su artículo 6.4 del Código Civil.

sus artículos, partiendo de la base de que toda relación laboral está regulada en el estatuto de los trabajadores o en el estatuto del trabajador autónomo. Tendríamos que ver si existe alguna violación de ellos en este sentido.

En primer lugar hay que considerar que estamos ante una situación atípica, ya que esta práctica esta supeditada a la simulación de un contrato laboral, ya sea mediante un contrato mercantil, comercial, administrativo o incluso ninguno. Bajo este paradigma toda relación laboral por cuenta ajena o asalariado, tiene que tener los requisitos básicos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ajeneidad, dependencia y retribución). Partiendo de esta base, y a sabiendas de lo que se ha ido diciendo anteriormente, que la característica básica para ser falso autónomo es que esté dado de alta en el RETA, estaríamos ante una contrariedad básica de nuestro ordenamiento, pues es imposible que un trabajador esté dado de alta como autónomo, en el módulo que sea, y al mismo tiempo figure bajo la dependencia de un empresario.

Llegados a este punto habría que comprobar si se le podría considerar un TRADE, esa figura que delimita nuestro ordenamiento jurídico entre el autónomo y la dependencia de éste. Dicha característica resulta imprescindible para circunscribirla al ámbito de estudio, y a su vez debe incluir la inexistencia de autonomía organizativa, estableciendo las condiciones de su trabajo a las exigidas por la empresa cliente en función de sus necesidades. Además un requisito básico del 75% de los ingresos hace dudar de la totalidad de la dependencia del TRADE, pero el hecho de que éste no necesite de los medios materiales para realizar la prestación de servicio, provoca que ya uno de los requisitos del artículo 1.1 no se cumpla; por tanto estaríamos ante una relación jurídica totalmente establecida, y además regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, comprobado que no puede ser TRADE, la realidad es que sí se está bajo la premisa de dependencia, retribución y ajeneidad ante un empresario, se debe estar dado de alta en la Seguridad Social en su régimen general. Cualquier otra modalidad bajo éstas premisas no podrá considerarse lícita, por mucho que el estar dado de alta en el RETA sea una consideración que esté dispuesta en nuestra legislación.

Pero la gran pregunta es cómo afectaría este hecho en nuestro ordenamiento; es decir, como afectaría en cuanto a infracciones y sanciones en nuestro orden social. A continuación se van a recoger una serie de artículos de la LISOS, en la que por el simple hecho de realizar esta práctica se estaría incumpliendo con nuestro ordenamiento. Esos artículos son los siguientes:

- ✓ El artículo 2.2. establece que todos los empresarios, o trabajadores por cuenta propia, son responsables en cuanto a obligaciones con el registro de prestaciones sociales públicas e información recaudatoria en materia de Seguridad Social. Siguiendo este artículo el empresario se eximiría de esta obligación y por tanto estaría vulnerando este artículo con la correspondiente sanción.
- ✓ El artículo 5.1 establece que son infracciones laborales toda acción u omisión por parte del empresario contraria a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de convenios colectivos en materia de relaciones laborales. En este sentido no son pocas las cláusulas tanto en normas, como en convenios, que intentan proteger al trabajador de cualquier vulneración de sus derechos. Como se ha mencionado en puntos anteriores, el simple hecho de realizar esta práctica provoca la supresión de muchos derechos que se consiguen con el simple hecho de firmar un contrato de trabajo (vacaciones, jornada, descanso, cotizaciones a la seguridad social etc...) Sería por tanto otra vulneración de otro artículo con su correspondiente sanción.
- ✓ Los artículos 7.1 y 7.2 constituyen otra vulneración, ya que el primero establece el no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando sea exigible este requisito. Hay que tener en cuenta que en este aspecto no se formaliza contrato laboral, ya que o bien no se realiza, o se hace de otra índole (mercantil o civil); por consiguiente estamos ante otra vulneración con la correspondiente sanción.
- ✓ Artículos 20, 21, 22 y 23 en cuanto a infracciones de los empresarios, ya sean las acciones y omisiones en cuanto a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de Seguridad Social (artículo 20.1), el no solicitar el alta de los trabajadores (artículo 22.2) o no ingresar las cuotas correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social (artículo 22.3). Cualquier de éstas infracciones en nuestro caso provoca un incumplimiento y por tanto la correspondiente sanción al empresario.
- ✓ Artículo 25.1; en este sentido el infractor es el trabajador. Este artículo estipula como fraudulenta toda actuación por realizar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones cuando exista incompatibilidad legal establecida.

Éstos son algunos de los artículos que se vulnerarían por el simple hecho de realizar esta práctica: cualquier vulneración por no realizar el pago a la Seguridad Social

cuando se tiene un trabajador asalariado, la no formalización del contrato, o cualquier otra materia que sea un derecho para el trabajador y un deber para el empresario provocan una infracción en nuestro orden social, lo que ya supondría tratar a este colectivo como un fraude para nuestro ordenamiento, ya no solo por parte del empresario, sino y como hemos visto, si el trabajador en cualquiera de sus artículos los vulnera con el hecho de convertirse en falso autónomo, también provocaría un uso fraudulento de su relación laboral, provocando una infracción en nuestro ordenamiento, y por tanto que pueda ser sancionado por la Inspección de Trabajo. Por consiguiente, el poder de la sanción económica no solo recaería sobre el empresario (que es el principal responsable, al ser él, el que incentiva la realización de esta prestación), sino que el trabajador también tendría que asumir su parte de responsabilidad.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, son varias las sentencias que han mostrado una postura clara en este sentido; por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el caso de una relación laboral como transportista, que dictó que el elemento determinante para concluir la existencia de la relación laboral eran las notas básicas del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. En dicha sentencia, en el fundamento de derecho segundo, se establecía que:

Al amparo de lo dispuesto en la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia por la parte recurrente la infracción de lo establecido en los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En esencia, defiende la parte recurrente la existencia de relación laboral, destacando los hechos siguientes: que, conforme al acta de infracción obrante en autos a los folios 26 a 30, el Sr. Emiliano inició su relación laboral suscribiendo un contrato mercantil de prestación de servicios de transporte inmediato con la empresa RECA2 OLID, SL; que el Sr. Emiliano no se anuncia a través de ningún medio como transportista individual; que el vehículo que utiliza para el reparto carece de permiso de vehículo público y de autorización administrativa que lo habilite para prestar el servicio de transporte; que cumple un horario de puesta a disposición de la empresa, asignándosele por el encargado distintos repartos y la ruta a seguir; que la empresa le abona una "tarifa mínima garantizada". En definitiva, la recurrente, haciendo suyas las conclusiones de la Inspección de Trabajo, mantiene que el Sr. Emiliano debe incluirse

*dentro de la figura jurídica de "Falso Autónomo", concurriendo en este caso las notas propias de la relación laboral (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores)*³⁸.

En este sentido existía un contrato mercantil entre las partes. El tribunal, comprobando los datos aportados, consideró irrelevante la forma de retribución del trabajador, en cuanto a la dependencia, aunque era cierto que no tenía una hora concreta de inicio de actividad, sí que constaba la obligación de prestar un servicio diariamente, y para terminar con los requisitos básicos de una relación laboral por cuenta ajena, el tribunal dictó que el trabajador no era titular de organización empresarial y que se limitaba a desarrollar su trabajo personal. Por todos éstos aspectos el tribunal dio la razón al trabajador considerándolo un trabajador asalariado, pero estando dado de alta en el RETA, y teniendo con el empresario una relación contractual mercantilista cuando en realidad era laboralista.

Para concluir, vamos a terminar analizando el caso del periodista Carlos Carnicero, que fue despedido como tertuliano de la Cadena Ser. Interpuso una demanda por despido improcedente. En un primer momento, el Juzgado de lo Social estableció que la relación del trabajador era mercantil, al estipular que no estaba sometido a un horario, no requería de una presencia física, y podía cambiar los días en que prestaba su colaboración. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró nula esta sentencia en 2012 al considerar que la relación de las dos partes era laboral y no mercantil. La Ser entonces recurrió esta sentencia al Tribunal Supremo, y ésta basó sus argumentos en que se trataba de una relación laboral.

En primer lugar los hechos probados que aportó la sentencia fueron los siguientes:

- 1) *La parte actora ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 1/02/1996, como comentarista.*
- 2) *La prestación de servicios se inició en base a un contrato civil de adquisición de comentarios para el programa La Hora Luna.*
- 3) *La actora no disponía de un horario fijo, sino que en función de las necesidades del programa acudía a unas horas determinadas.*

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de abril de 2012, núm: 241/2013-C

- 4) *En fecha 7/09/2006 y con efectos del día 15 del mismo mes y año la empresa le notificó a la parte actora comunicación por la que daba por finalizado sus servicios.*

En segundo lugar, según el primer fundamento de derecho “*La cuestión debatida es si la prestación de servicios del demandante para una conocida cadena de radiodifusión (cadena SER) como colaborador (tertuliano) en diversos programas desde el año 1994 hasta el año 2011 reviste o no los rasgos definatorios de una relación jurídico-laboral en los términos exigidos por el artículo 1 del ET. Teniendo en cuenta la compleja situación en este tipo de colaboraciones, es difícil saber si se trata de un relación laboral o civil, pero el fundamento segundo de dicha sentencia dictaba que la jurisprudencia y la doctrina científica nos suministran criterios jurídicos muy sólidos para resolverlo, habiendo interpretado con gran precisión el alcance de esos rasgos definatorios del contrato de trabajo –ajeneidad y dependencia- que aparecen en el artículo 1 del ET. Una muestra sintética de esa tarea interpretativa de la jurisprudencia puede encontrarse, por ejemplo, la STS/IV de 6/10/2010 (RCUD 2020/2009), en la que se especifican los múltiples aspectos en que se manifiesta la esencial nota definitoria de la ajeneidad, incluyendo la dependencia que, en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajeneidad. Aplicando esta doctrina jurisprudencial, acierta la sentencia recurrida cuando afirma: “En cuanto a la ajeneidad, hay un encargo previo del trabajo y mediante el concurso del Sr. Carnicero en ciertos programas la empresa adquiere el fruto del trabajo de aquél y lo comercializa en espacios radiofónicos. Y por eso concurre también la dependencia, entendida como esa integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario” (es decir, la ajeneidad respecto a la organización de la propia prestación laboral), que es la fórmula que emplea el artículo 1 del ET. También acierta la sentencia recurrida al determinar que la peculiar forma de retribución empleada en el caso, en absoluto logra transformar lo que es una prestación personal de servicios en un inexistente contrato mercantil entre dos sociedades. Dice así la sentencia recurrida: “En cuanto a la retribución el demandante percibía una cantidad fija y unitaria mensual por su participación en los programas ya indicados. La jurisprudencia no exige que la retribución sea fija y periódica, aunque ello refuerce la laboralidad de la relación, pero también se admite dentro del concepto de salario la*

*retribución por resultado, o dentro del ámbito periodístico, por crónica realizada (sentencias del TS de 16-12-08 y 111-5-09)*³⁹.

La sentencia falló a favor del periodista de la Ser, declarando que ya no solo el despido era considerado improcedente, sino que el trabajador estaba bajo la premisa de una relación laboral bajo las características básicas del artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, además la sentencia de éste ha creado jurisprudencia al reconocer el derecho a relación laboral, en este caso a los periodistas que colaboran en medios radiofónicos durante períodos largos de tiempo.

Como vemos, este caso da lugar a que muchos periodistas puedan realizar las reclamaciones por estar o haber realizado una relación laboral encubierta. De hecho este recurso fue votado por el Pleno del Tribunal Supremo y no por una sección del mismo, con lo que se indica la importancia y trascendencia que están causando los casos de relaciones laborales encubiertas.

7. LOS FALSOS AUTÓNOMOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha ido comprobando, la mayoría de falsos autónomos se encuentran en el sector privado, ya que es ahí donde existe mayor proliferación para realizar esta práctica, pero en la Administración Pública también se dan. La situación de crisis en la que nos encontramos ha dado lugar *“a un proceso de externalización y privatización de servicios en la Administración Pública. Esta operación se justifica sobre la base de la necesidad de optimizar los recursos públicos y dotarlos de la máxima eficacia, y se está desarrollando a través de diversas vías con un mismo resultado: la huida del derecho administrativo y la aplicación de otras ramas del ordenamiento jurídico, laboral, civil o mercantil a determinadas prestaciones en el ámbito de la Administración Pública”*⁴⁰. Como comprobamos, estos autores, en un momento de bonanza económica, ya criticaban ciertas actuaciones públicas, al pasar ciertos sectores públicos a manos privadas. En el sector de la Administración Pública se podría definir a los falsos autónomos como todos los trabajadores que realizan un contrato, habitualmente contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, contratos administrativos para trabajos específicos, contratos de consultoría y asistencia técnica o contratos administrativos de servicios con un ente administrativo ya sea estatal,

³⁹ Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2014.

⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P. “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”. Revista de Derecho Social nº3, Julio-Septiembre, 1998, págs 9 a 37.

autonómico o local, con el propósito de realizar una prestación de servicios. Para asegurarnos de que esta situación se está produciendo, primero tendríamos que comprobar la delimitación entre el contrato administrativo y el laboral. *“La delimitación de si una relación jurídica contractual tiene o no naturaleza laboral no depende cómo la denominen o califiquen las partes”*⁴¹, en este sentido la jurisprudencia viene reiterando que los contratos son lo que son, independientemente de la denominación dada por las partes. *“La jurisprudencia y la doctrina han venido destacando que los contratos administrativos tienen por objeto fundamentalmente un resultado que se ha de lograr mediante una actividad realizada por el contratista, pero no se toma como objeto la actividad en sí misma independiente del resultado final”*⁴², *“Y que a diferencia de los contratos laborales, han de tener por objeto actividades excepcionales y no habituales de la administración”*⁴³. Por tanto parece dificultoso distinguir entre los contratos laborales y los administrativos de servicios en función de la prestación objeto del servicio a realizar, *“el criterio de distinción, radica por tanto en la relación entre ambas partes, se caracteriza por la dependencia y ajeneidad de la relación laboral”*⁴⁴. Por tanto *“si la relación que se articula a través del contrato administrativo de servicios reúne en verdad las características del artículo 1 del ET, se tratará de una relación laboral”*⁴⁵. En resumen, la característica básica que hace que se trate de un contrato laboral o de un contrato administrativo es la propia legislación, en concreto el artículo 1 del ET, que establece las características esenciales que explica una relación laboral; por tanto la Administración no tiene la potestad de crear una relación y llamarla como contrato administrativo, cuando en realidad tiene las características básicas de una relación laboral. En definitiva y como indica Menéndez Sebastián, *“existe fraude a la normativa laboral cuando el contrato administrativo tiene por objeto un conjunto difuso de actividades y cuando tiene por objeto actividades normales y tareas permanentes del ente contratante, pues el espíritu de la legislación sobre contratación administrativa es cubrir necesidades ocasionales”*⁴⁶.

⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “El personal laboral del sector público”, Aranzadi Social, nº14/2007

⁴² QUINTANILLA NAVARO, R.Y. “El personal laboral del sector público”, Aranzadi Social, nº14/2007.

⁴³ PEREZ LUQUE, A. “Personal temporal en las Corporaciones Locales”, Abella, Madrid, 1989 pág:25

⁴⁴ La Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002 indica que los aspectos formales no alteran lo que aquí prima: relación de subordinación y dependencia retribuida, dentro del ámbito rector de la corporación, en la que se hacía efectiva una deuda de trabajo, no un resultado, realizado por sí, como obligación personal nacida de la propia relación.

⁴⁵ LUJÁN ALCARAZ, J. “El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº58, 2005 pág:40

⁴⁶ MENÉNDEZ SEBASTIAN, “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, Aranzadi Socia, nº14/2000

7.1 IRREGULARIDADES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN FRAUDE DEL DERECHO LABORAL.

Vista la diferencia entre contratos administrativos y cuando hay una relación laboral encubierta, habrá que proceder a ver cuáles son los problemas que se plantean en éste sentido.

En primer lugar y como ya hemos mencionado en otros puntos anteriores, que el trabajador pierde los derechos que se reconocen en nuestra legislación laboral, derechos como las vacaciones, modificación o extinción del contrato de trabajo, jornada, etc. con el resultado de que el empresario no tendrá el deber de cotizar para el trabajador.

En segundo lugar, la realización de contratos administrativos que encubren relaciones laborales es un fraude al derecho de acceso a los empleos públicos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en los artículos 23.2 y 14 de la Constitución. *“La lesión de estos principios constitucionales da lugar, al celebrar el contrato administrativo que encubre la relación laboral, no se ha tramitado el proceso selectivo legalmente establecido para reclutar personal laboral, por lo que la persona contratada entra a prestar servicios en la Administración Pública sin haber superado el correspondiente proceso selectivo (que se exige incluso para la contratación de laborales temporales). La normativa reguladora de los contratos administrativos es muy pobre en la protección de la concurrencia competitiva basada en los principios de mérito y capacidad. En efecto, la legislación de contratos del Sector Público, permite celebrar contratos menores de servicios con el límite de 18.000€, de manera que en todos estos casos no hay publicidad ni concurrencia competitiva. Además permite también celebrar contratos negociados hasta los 100.000€, sin exigir publicidad si no se superan los 60.000€, en cuyo caso, basta con solicitar, si las circunstancias lo permiten, tres ofertas y elegir la que se considere mejor. Por tanto, el juego que da esta regulación para contratar personas a dedo es enorme. En todo caso, los procedimientos establecidos por la legislación de contratos no son los adecuados para seleccionar personal”*⁴⁷.

En este sentido, ya en 1982, Martínez Blanco señalaba *“que la legislación vigente no establecía el procedimiento de selección de los contratos administrativos y que las Administraciones Públicas habían procedido siempre discrecionalmente. Esta*

⁴⁷ RECUERDA GIRELA, M.A. “Los Contratos Administrativos que encubren relaciones laborales” Revista General de derecho Administrativo. N°32/2013

discrecionalidad la consideraba inadmisibles cuando tales contrataciones administrativas operaban en la práctica como una vía de entrada estable en la función pública”⁴⁸.

Como vemos son varias las circunstancias que provoca que haya irregularidades a la hora de contratar en la Administración Pública, pero no solo a la hora de acceder a la administración o formalizar un contrato, sino que en la Ley 30/2007⁴⁹ ha habido incidencias que implican que haya una relación laboral encubierta como falso autónomo; se trata de la aportación de materiales de trabajo. Si nos encontráramos con un autónomo común, éste aportaría sus propios materiales para realizar el trabajo por el que ha sido contratado. En nuestro caso estos materiales se los da la propia Administración para que puedan realizar la prestación de servicio. Esta característica, la aportación de materiales por parte de la Administración, ha sido eliminada por la Ley 30/2007, que dicta que dicha aportación ya no es obligatoria por el contratista. Esta circunstancia ha provocado que algunos Juzgados de lo Social lo entendieran como una nueva interpretación en las particularidades del falso autónomo en la Administración, manifestando que este cambio legislativo haría que se pudiera seguir hablando de la existencia de falsos autónomos. En oposición a lo dicho anteriormente se pronunció en dos sentencias el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que *“interpretó que la aportación de materiales de trabajo no se eleva, por sí misma, a una característica esencial de la existencia de una relación laboral, sino que las notas de laboralista deberán seguir siendo analizadas al objeto de determinar la existencia de una relación laboral, en detrimento de una relación fraudulenta de carácter administrativo”*⁵⁰. De hecho la Sala de lo Social manifiesta que *“las notas de dependencia, unidas a la inserción del trabajador en el ámbito de organización propio de la Administración, constituyen los verdaderos elementos a tener en cuenta a la hora de transformar una relación administrativa en una verdadera relación laboral”*. Por tanto la Ley 30/2007 no ha modificado en ninguna medida lo que ha dicho en más de una ocasión el Tribunal Supremo, ya que lo verdaderamente importante en este sentido, no es la aportación de materiales, sino las características básicas que establece el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero no solo en cuanto a un requisito formal de la Ley 30/2007 ha habido irregularidades en la contratación de la Administración Pública como falsos autónomos.

⁴⁸ MARTÍNEZ BLANCO, A. “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, Documentación Administrativa nº194, 1982, pág.45

⁴⁹ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁵⁰ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de Junio de 2010 y de 19 de Octubre de 2010.

De hecho el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia por una relación laboral bajo la apariencia de contrato administrativo, causando una situación irregular en la contratación, y en la actividad que desarrollaba el trabajador. En la sentencia, en el primer fundamento de derecho, se dicta que *“su actividad se producía en las dependencias de la Agencia, dentro del servicio de oficinas, encargándose el actor de la tramitación de los recursos de reposición previos a la reclamación económico-administrativa que se formulaban contra las resoluciones de la Agencia, así como de la emisión de informes y realización de estudios sobre las normas de la Agencia y sus relaciones con otras Administraciones a través de convenios; del mismo modo se encargaba del análisis de la jurisprudencia y de la tramitación de recursos contencioso administrativos planteados contra decisiones de la Agencia y tramitación de expedientes sancionadores y de concesión. Esas funciones, afirma la sentencia recurrida, eran dirigidas por la Agencias de manera directa por medio de sus mandos, las llevaba a cabo en dependencia de la Junta de Andalucía, utilizando medios propios de la misma, accediendo a las bases de datos de la Junta a través del su propio servidor, con dirección de correo corporativo que podía utilizar como si perteneciera a la Agencia en un ordenador conectado en red, recibiendo numerosos correos y fax de la Dirección General de la Agencia que le encomendaba directamente los asuntos”*.

La sentencia fue favorable para la demandante ante la Consejería del Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, que fue quien provocó esta situación de irregularidad de contratación del trabajador, bajo la apariencia de otra empresa, pero bajo su propia tutela en el desarrollo del trabajo prestado⁵¹.

Como vemos, en esta sentencia mencionada, comprobamos que el falso autónomo, no solo existe, sino que está muy extendido en nuestra sociedad, ya sea tanto en el ámbito privado como en el público, y comprobamos que la jurisprudencia es tajante en este sentido al dictar que se trata de relaciones laborales encubiertas, provocando un perjuicio para nuestro ordenamiento, y sobre todo en este caso para la Tesorería General de la Seguridad Social, que es la que sufre los mayores perjuicios con la realización de esta práctica. Curioso es comprobar cómo es la propia Administración la que también se ha lanzado a realizar este fraude, una Administración de cualquier ámbito ya sea estatal, autonómico o local, y que sea éste en la categoría de la Inspección de Trabajo la que pueda sancionar, me parece algo bastante ridículo, solo por el simple

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 319/2013 de 30 de enero.

hecho de ahorrarse una cierta cantidad económica en cotizaciones a la Seguridad Social, de la que dependemos todos.

8. LOS FALSOS AUTÓNOMOS EN LA UNIÓN EUROPEA (UE)

No solo en nuestro país existe la problemática de los falsos autónomos. Gran cantidad de países tienen el mismo problema. De hecho, la Comisión de Empleo y Asuntos Laborales Europeos, aprobó a principios de año dos propuestas para la protección social, incidiendo en los trabajadores autónomos y en el trabajo de las Inspecciones.

La primera propuesta que la UE espera que salga adelante es la lucha contra el trabajo no declarado y precario. Entre éstos se encuentran los falsos empleos (falsos autónomos) o los minijobs. Lo que la UE pretende con éstas propuestas es que se evite el abuso de los contratos atípicos, aquellos que intentan eludir el cumplimiento de las obligaciones en materia de empleo y protección social. Lo que pretenden es intentar precisar el fenómeno del falso autónomo e intentar controlar los abusos que se realizan por esta práctica. De hecho la UE ha solicitado a los estados miembros que deben intentar cuidar que el trabajo autónomo no se convierta en un medio para evitar que los trabajadores tengan menos beneficios en cuanto a Seguridad Social, y seguridad en el trabajo.

Según datos de la UE el número de trabajadores autónomos ascendía a 32,8 millones de personas de los cuáles el 20% se establecían en una modalidad que podríamos considerarlos TRADES, y de los cuáles muchos estarían simulando empleo como trabajador asalariado. El problema de todas estas cifras es que las definiciones de autónomos o TRADES, varían no solo de un país a otro, sino también en el propio Derecho de la UE. De hecho la segunda propuesta de la UE, tiene como consecuencia intentar evitar todas estas irregularidades mediante la creación de una agencia europea, para que los diferentes organismos de inspección de trabajo tengan más recursos para alcanzar y paliar todas las irregularidades en torno a la protección social.

Como podemos comprobar el fraude de los falsos autónomos ha superado barreras y no es una práctica exclusiva de España, sino que a nivel europeo también la encontramos. Por tanto estamos ante un colectivo cada vez más extendido, y donde, como podemos comprobar, las autoridades saben de su existencia como el hecho de que la UE haya creado una agencia para dotar de más recursos a los distintos órganos de

inspección de trabajo para intentar paliar en la medida de lo posible los daños que se pueden producir y se están produciendo.

9. CONCLUSIONES

Analizados todos los puntos del proyecto que me planteé al principio de éste, se ha podido desgranar con detalle la situación del falso autónomo, una situación atípica en nuestra sociedad y como hemos podido ver de difícil control. Por tanto, las conclusiones que saco a esta figura las podría resumir en las siguientes:

- 1) Hasta la regulación del TRADE en la ley 20/2007, éstos eran los considerados falsos autónomos. A partir de entonces se entraba en una nueva premisa creyendo que desaparecían de nuestra sociedad. Nada más lejos de la realidad ya que empezaron a surgir pero de diferente manera, mediante el encubrimiento de una relación laboral bajo la figura de trabajadores por cuenta ajena, pero dados de alta en el RETA.
- 2) Los empresarios siguen exprimiendo a los trabajadores, llegando incluso a provocar el nacimiento de una nueva relación laboral no establecida legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.
- 3) Los empresarios se han aprovechado de la situación de desesperación de muchos trabajadores para ofertar trabajos como presuntos autónomos, con la finalidad de ahorrarse costes.
- 4) El ahorro para el empresario por realizar esta práctica es superlativo: cotizaciones a la Seguridad social, prevención de riesgos laborales, vacaciones, indemnizaciones en caso de despido...
- 5) La situación para el trabajador es peor que ser un autónomo de verdad, ya que la cantidad de derechos perdidos son cuantiosos por aceptar esta premisa: vacaciones, jornada, excedencias, accidentes laborales, maternidad etc.
- 6) La única ventaja, si se le puede llamar así, es el mantenimiento de un puesto de trabajo y la percepción, de un salario más o menos correcto.
- 7) La responsabilidad sobre la realización de esta práctica es del empresario, quien es el que realiza la oferta de trabajo y el que incumple en mayor medida al realizarla, y aunque el trabajador que lo acepta también tiene su cuota de responsabilidad, esta es paupérrima en comparación con el empresario. De hecho

las mayores sanciones económicas recaerían sobre el empresario en caso de realizarla.

- 8) Sin denuncia de por medio es muy complicado detectar este tipo de relación, más si el trabajador está de acuerdo en realizarlo. En este caso es la Inspección de Trabajo la encargada de atajar este tipo de situaciones.
- 9) Como se ha podido comprobar la propia Administración también ha realizado algún caso de este tipo, resultando curioso que un ente público sea juzgado por esta práctica para no aportar a la Tesorería General de la Seguridad Social, que es otro ente público y del que dependemos todos para el bienestar social de nuestro país.
- 10) Esta práctica está bastante extendida, aunque son datos relativos ya que es imposible detectar al 100% estos casos, pues resulta inverosímil que alguien asegure que es un falso autónomo.
- 11) Existe tal práctica, no sólo en España, sino también en Europa como se demuestra el hecho de que la UE inicie medidas para evitar esta situación, lo que da una visión de la magnitud que está acogiendo esta práctica.
- 12) Considero que esta relación contractual ha dado lugar a una difícil situación en nuestra sociedad, dejando todavía en más inferioridad al trabajador, que se supedita aún más para agarrarse a un puesto de trabajo, quedando en una posición de indefensión y con un régimen jurídico poco eficaz.
- 13) Se ha creado un tipo de relación laboral compleja y encubierta, con muchos privilegios para el empresario, y una desprotección para el falso autónomo ya que no dispone de los muchos derechos tanto individuales como colectivos que tienen el resto de trabajadores asalariados, o incluso los autónomos comunes. La principal carencia de este tipo de trabajo, es de tal limitación y congruencia, que desde mi opinión considero que aún habiendo relación laboral, aunque sea encubierta, es una barbaridad lo que se está realizando.

La realidad es que estamos en una situación en la cual en vez de denunciar estos casos (por suerte algunos lo hacen), intentamos aprender cómo se realiza esta situación para sacar tajada. Así son los empresarios, y así hay mucha gente que con el simple objetivo de obtener un beneficio realiza cualquier acto para ahorrarse dinero.

En conclusión a mi parecer, y sabiendo que el ser un falso autónomo podríamos considerarlo fraude, que no fraude de ley, al no dictar sentencia como tal, tendría que dar lugar a un cambio en nuestra sociedad y provocar que fuera disminuyendo esta situación en nuestro país. Las propuestas que yo haría para intentar combatir esta situación son las siguientes:

- ✓ Dotar a la Inspección de Trabajo de más recursos para que puedan combatir esta situación.
- ✓ Que la Inspección de Trabajo realice más inspecciones-sorpresa para evitar esta situación, sobre todos en aquellos trabajos donde más se está desarrollando esta práctica (arquitectos, comerciales, hostelería etc.).
- ✓ Regular de forma específica esta situación, para que pueda ser sancionada de forma económica tanto al empresario como al trabajador.
- ✓ Que las sanciones económicas sean cuantiosas, para meter el miedo en el cuerpo al resto de empresarios.
- ✓ Que las sanciones sean en consonancia a la cuota de responsabilidad de quién realice esta práctica.

10. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO GALLEGO F.J. “Los Trabajadores Autónomos dependientes: en una aproximación laboral”.Temas Laborales núm 81. 2005.
- CRUZ VILLALÓN, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P. “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”. Revista de Derecho Social nº3, Julio-Septiembre, 1998.
- GIL PECHARROMÁN, Julio, “Segunda República Española (1931-1936), Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.
- HERNÁNDEZ-LISSEN BONILLA J. Ignacio. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. Revista “Derecho.com”, 15 de Julio de 2004. “Autónomos, semiautónomos y falsos autónomos”.
- JAVILLER J.C. Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales.
- LUJÁN ALCARAZ, J. “El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº58, 2005.
- MARTÍNEZ BLANCO, A. “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, Documentación Administrativa nº194, 1982.
- MENÉNDEZ SEBASTIAN, “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, Aranzadi Socia, nº14/2000.
- PARDO Rafael, “Los Falsos Autónomo”, Levante el Mercantil Valenciano,
- PEREZ LUQUE, A. “Personal temporal en las Corporaciones Locales”, Abella, Madrid, 1989.
- QUINTANILLA NAVARO, R.Y. “El personal laboral del sector público”, Aranzadi Social, nº14/2007.
- RECUERDA GIRELA, M.A. “Los Contratos Administrativos que encubren relaciones laborales” Revista General de derecho Administrativo. Nº32/2013.
- SANCHEZ CALERO J. “Principios del Derecho Mercantil”. 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “El personal laboral del sector público”, Aranzadi Social, nº14/2007

DOCUMENTACIÓN:

Código Civil.

Código Penal.

Constitución Española.

Diario "Cinco días". "El 24% de los arquitectos son falsos autónomos" Núm 28 de Noviembre de 2011.

Diario Juridico.com. "Las cifras de empleo esconden a un creciente número de falsos autónomo". Núm 4 de Abril de 2014.

Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA).

Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (PRL).

Ley de Contratos de la Administración Pública.

Ley de Jurisdicción Social 36/2011 de 10 de Octubre.

Periódico ABC. "Falsos Autónomos. ¿Un fraude creciente para la empresa? Núm 17 de Marzo de 2014.

Real Decreto 928/1998 por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social.

Real Decreto de 22 de Agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 1/1995 por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores (LET).

Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de Febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Revista Asesoramiento laboral para trabajadores en España. "El Falso Autónomo".

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002

Sentencia del Juzgado de los Socia nº2 de Madrid de 22 de Octubre de 2013

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 319/2013 de 30 de enero.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de abril de 2012, núm: 241/2013-C

Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª. De recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas

Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2014.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de Junio de 2010 y de 19 de Octubre de 2010.

Sentencia Tribunal Supremo 2889/2009 de 30 de Abril, resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina.

Sentencia Tribunal Supremo 2889/2009 de 30 de Abril, resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina.

Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).