



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**El debate en torno a la adaptación o superación
de la subordinación como elemento referencial
del Derecho del Trabajo
ante las nuevas formas de trabajo.
Un debate global desde la perspectiva española**

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Universidad de Sevilla

vol. 6, no. 2, 2020

ISSN: 2421-2695



**El debate en torno a la adaptación o superación
de la subordinación como elemento referencial
del Derecho del Trabajo
ante las nuevas formas de trabajo.
Un debate global desde la perspectiva española**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Universidad de Sevilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

jesuscruz@us.es

ABSTRACT

The legal, jurisprudential, and academic debate around subordination as a key element of the borderline between dependent and self-employed work has been present practically since the consolidation and expansion of labour law, at least in those countries where labour legislation has played a central role in the design of labour relations. However, this debate has intensified in recent times, with theses emerging about the decline and possible disappearance of subordination as a legal reference. The latter derives from multiple factors, political, economic and social, but above all it is due to technological transformations, derived from the implementation of digitalisation and information and communication technologies, together with organisational changes in companies, essentially as a result of the generalisation of formulas for productive decentralisation and the intensification of distance work.

This work aims to tackle this issue, from the perspective that the determining causes are of a global and transnational nature, but with notable national conditioning factors which prevent generalisations and, therefore, it is

carried out from the perspective of the Spanish system of labour relations. The present work advocates good health in our legal framework of the criterion of subordination, to which it promises a long life. This leads to the rejection of the positions of those who predict that it will be overcome and replaced by the criterion of economic dependence.

However, it is understood that the survival of subordination must be carried out based on four premises of essential adaptation: 1) the possibility of establishing common basic rights for all personal work done for another, based on a new understanding of constitutionally guaranteed labour rights, to extend them beyond subordinate work; 2) the construction of a flexible concept of subordination, which includes broad forms of hetero-organisation; 3) the diversification of regulations within subordinate labour with different levels of flexibility through a correct understanding of the so-called “special labour relations” and, above all, of the “contractual modalities” with a specific regime such as distance work; 4) the efficient development of the protection of the weak contracting party in the field of economically dependent self-employment without breaking the mould of its clear separation from subordinate labour.

Keywords: digital platform; riders; legal status; employment; self-employment.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12010>

El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española

SUMARIO: 1. Transformaciones globales que propician un debate común. – 2. Debate común, con impacto nacional diferenciado desde la perspectiva jurídica. – 3. Elementos básicos de partida para entender el debate en España. – 4. Crítica a las tesis de la dependencia económica. – 5. Hacia un tronco básico de tutela, con sucesiva diversificación normativa. – 6. La necesaria diversificación normativa a través de las relaciones laborales especiales y modalidades contractuales: el trabajo a distancia. – 7. La tutela efectiva y eficiente del trabajo autónomo económicamente dependiente.

1. Transformaciones globales que propician un debate común

La extensión de la digitalización, unida a los cambios en la organización de las empresas, está provocando un intenso impacto sobre los diferentes modos de inserción de los trabajadores en el mercado de trabajo. Se trata de un fenómeno que tiene tras de sí ya un amplio desarrollo temporal y que se vislumbra como un cambio profundo con la emergencia de nuevas formas de empleo, pero también con un impacto decisivo sobre la generalidad de los trabajos, incluidos los más tradicionales. Debe destacarse a estos efectos que los cambios que se están produciendo, desde el punto subjetivo, están influyendo más allá de los supuestos que de manera ejemplificativa o típica se suelen tener en mente como referentes básicos de lo que está sucediendo.

Más aún, habitualmente los ejemplos reiteradamente más citados no constituyen, a nuestro juicio, los más relevantes a estos efectos. Resulta recurrente tomar como referentes con demasiada centralidad las actividades conectadas con el sector del transporte, sea de personas o sea de mercancías, bien lo sea apelando al modelo de negocio propio de una concreta empresa como es el caso de uber, o bien con referencia a variantes diversas de distribuidores de mercancías para los que se utiliza un nuevo calificativo como es el de “*rider*”, como si la descripción de su actividad profesional de distribuidores de mercancías no fuera su seña de identidad por apelar a una labor tradicional en exceso. Sin desmerecer el impacto que estas formas de negocio están teniendo en casi todos los ámbitos doctrinales, lo cierto es que resulta distorsionador tener en mente estas actividades como las prototípicas de lo que está sucediendo, cuando pueden posiblemente constituir tan solo la punta del iceberg, así como por el

hecho de no ser en el fondo el cambio tecnológico del uso de las plataformas un elemento tan impactante en la actividad laboral concreta que se desarrolla por estos profesionales; no se trata de auténticos trabajadores “de” plataformas, por cuanto que las mismas son un elemento puramente instrumental del ejercicio de los poderes organizativos y de control de la empresa, pero no el medio de trabajo del profesional, que sigue siendo un vehículo tradicional. Pero, igualmente, por cuanto que los cambios tecnológicos que se avecinan pueden llegar a provocar una automatización completa de los servicios de transporte que ofrecen estas empresas, de modo que no es aventurado pensar en su ejecución en el futuro en breve plazo sin empleados directos de transporte, con fuerte destrucción de empleo en la labor mecánica del desplazamiento sea de personas o de mercancías; de verificarse ese futuro escenario, lo relevante pasarían a ser los empleados que manejan a distancia la tecnología del transporte automatizado sin conductor o prestan servicios en las plataformas y no tanto quienes ejecutan materialmente el servicio de transportes, llamados a desaparecer. En tal nuevo escenario, ni existirían “riders” ni conductores de uber, sino gestores de plataformas e ingenios de transportes sin personal a bordo.

En definitiva, lo obligado a destacar desde este momento de arranque es que en este debate en muchas ocasiones, apuntando a la luna, erróneamente dirigimos la mirada sólo al dedo (que constituye un elemento instrumental) y olvidándonos de mirar al satélite (que conforma la realidad subyacente decisiva).

Más aún, lo destacable en el debate actual es que este tipo de transformaciones se están produciendo de forma universal en la práctica totalidad de las economías, cuando menos en la totalidad de las economías desarrolladas de la era postindustrial donde la normativa laboral tiene un peso relevante. En efecto, la globalización económica --más allá de las correcciones que se están apreciando en los últimos años por motivos políticos, ambientales o sanitarios--, se está verificando con total plenitud en el terreno de la universalización de la digitalización y, con la misma sobre las formas de organización empresariales que acaban desembocando en las nuevas formas de trabajo. Por tanto, las nuevas formas de trabajo, así como la transformación de las más tradicionales, constituyen una realidad de generalizada presencia en todos los sistemas modernos de relaciones laborales.

Lo anterior tiene como ventaja que el actual debate doctrinal acerca del impacto de las nuevas formas de trabajo sobre el sistema de relaciones de trabajo constituye un elemento presente en la práctica totalidad de los países. Tenemos una base económico-productiva que discurre en la misma dirección, de modo que el debate doctrinal en la generalidad de los países se construye sobre una

misma realidad laboral. No cabe la menor duda que el debate en torno a los ámbitos subjetivos de aplicación de la legislación laboral constituye algo presente de forma permanente y continuada en todos los países, podría decirse que incluso prácticamente desde los orígenes mismos de la legislación laboral, especialmente recurrente en aquellos países donde la normativa laboral constituye una pieza relevante y protagonista en la ordenación y diseño del mercado de trabajo. Si a eso añadimos que la subordinación ha constituido en muchos sistemas nacionales el elemento clave para marca ciertas fronteras, en una dualidad desde el punto de vista jurídico de inserción en el mercado de trabajo, resulta manifiesto que la funcionalidad y virtualidad de la utilización del criterio de la subordinación con la evolución de los cambios productivos, organizativos y técnicos de las empresa haya estado presente en el debate doctrinal de muy diversos sistemas nacionales de relaciones laborales. Eso sí, en estos momentos este elemento es perceptible como mucho más universal, en la medida en que dicho debate viene se presenta como consecuencia sobre todo de la digitalización de la economía y del impacto que la misma presenta sobre el empleo, que es algo común insistimos a realidad de los diferentes países.

En definitiva, todo lo anterior permite afirmar que las preocupaciones o desafíos puedan ser similares, de modo que podemos llegar a desarrollar un cierto debate académico global, a partir de un fuerte proceso de convergencia en la realidad empresarial sobre la que se actúa, así como por el posible uso de categorías jurídicas similares. Incluso este último elemento puede afirmarse que se acentúa en el ámbito de la Unión Europea, donde, a pesar de que desde el punto de vista normativo no existe un concepto propiamente dicho de trabajador sometido a la armonización legislativa de la Unión, que pudiéramos calificar como concepto europeo, si existen ciertas pautas comunes, a partir de la progresiva labor de construcción interpretativa de las Directivas en materia social por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; labor de construcción interpretativa que, no por casualidad gira en torno a el elemento de la subordinación, que viene a convertirse ya a nuestro juicio casi en una categoría jurídica propia del Derecho de la Unión.

2. Debate común, con impacto nacional diferenciado desde la perspectiva jurídica

Ahora bien, la consideración precedente en torno a la universalidad del debate debe ser inmediatamente corregida, desde el instante en que también debe hacerse hincapié en el dato de que la respuesta jurídica difiere significativamente

según el país que tomemos como referencia. En esta materia el análisis de Derecho comparado resulta bastante más complejo y en absoluto puede ser objeto de simplificaciones; ni siquiera resulta fácil proyectar la presencia de modelos básicos de referencia, que permita agrupar diversos sistemas nacionales por el tipo de intervención jurídica que se presenta. La unificación por grupos de países en esta materia puede resultar algo arbitraria, que puede no ofrecer la pluralidad de situaciones que se presentan e incluso a veces netamente influida por valoraciones distorsionadas por efectuar el análisis de la perspectiva de la situación de cada país, por tanto con un carácter eminentemente autoreferencial.

Eso sí, en términos de primera aproximación, cabe efectuar algunas consideraciones básicas en base a la actitud de partida o escenario general de los diversos países.

Ante todo, es obligado referirse a modelos de sistemas de relaciones anclados en posiciones estrictamente neoliberales, donde la intervención de la normativa laboral, sea resultado de la actuación del poder público o sea derivada de la negociación colectiva, resulta prácticamente marginal o irrelevante. En estos países, donde el Derecho del Trabajo apenas incide sobre el devenir de las relaciones laborales, el asunto que pretendemos abordar aquí, como resulta bien fácil comprender, resulta prácticamente desconocido o carente de todo interés.

De otra parte, pueden identificarse otra serie de países donde, aunque la legislación laboral presenta un cierto peso en la delimitación de formas de inserción en el mercado de trabajo, ni se advierte actuaciones recientes en el ámbito legislativo, ni intervención relevante por parte de la jurisprudencia, de modo que podría afirmarse que los criterios al efecto se encuentran bastante estabilizados, sin perspectivas de cambio en el inmediato futuro, por lo que el debate científico puede existir, pero más en el terreno de la economía o de la sociología del trabajo, pero no desde el campo de lo jurídico. En unos casos se trata de modelos que trabajan sobre una división estrictamente bipolar entre trabajadores autónomos (*self-employed*) y trabajadores asalariados (*salaried workers*), o bien con una diversificación superior distinguiendo en dentro de los trabajadores asalariados entre trabajadores subordinados en sentido estricto (*workers*) y empleados (*employees*). En todo caso, sea de un tipo o de otro, se percibe que, incluso si este debate está emergiendo en este tipo de países, lo es en forma muy embrionaria, sin que en ningún caso se vislumbren perspectivas de alteración de una utilización bastante consolidada del criterio de la subordinación o de la diferenciación entre los dos grandes variantes de asalariados establecidas desde tiempo atrás.

Finalmente, podríamos centrarnos en aquellos países donde la comparación puede tener mayor significación, por cuanto que la legislación laboral presenta un protagonismo indiscutible en la gestión del mercado de trabajo, existen importantes tensiones en las fronteras tradicionales entre el trabajo autónomo y el trabajo el punto de partida se presenta en cierto modo diferente, presentándose discusiones jurídicas a muy diversos niveles acerca de la adecuación de los criterios actuales a la nueva realidad empresarial, lo sea desde el punto de vista tecnológico o desde la perspectiva organizativa o productiva, todas ellas con palpable repercusión respecto del encaje jurídico de ciertas forma de empleo más o menos novedosas, más o menos tradicionales.

Eso sí, incluso centrándonos en estos últimos países, los condicionantes de partida son igualmente diferentes, por cuanto cada uno de ellos parte de un diseño normativo diverso. Incluso partiendo como elemento común estos países del criterio de la subordinación, el modo de entender el mismo es diferente en su origen, bien lo sea por serlo de forma clara en términos legales o menos en términos jurisprudenciales, en uno de forma más expresa en otros de manera más implícita. Más aún, en algunos países se identifica la presencia de terceras categorías, bien intermedias entre las dos básica o bien como variantes de la dualidad inicial trabajo autónomo versus trabajo subordinado.

Más aún, posiblemente influyan más en este debate otros elementos próximos, pero inicialmente no directamente concernidos por la separación jurídico-formal de la frontera. Entre esos elementos destacaría dos de mayor relevancia. El primero de ellos, el relativo al diferencial de costes entre la opción por el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, bien directos de carácter retributivos o bien indirectos respecto de las obligadas aportaciones al sistema público de Seguridad Social; en unos casos, el diferencial de costes se presenta como muy elevado, mientras que en otro se aprecia una relativa convergencia, lo que desemboca en que el debate sea más agudo en el primer caso y menos en el segundo. El segundo de ellos, se encuentra conectado con la cultura jurídica o laboral en la materia, por cuanto que en algunos países se adoptan posiciones de partida propensas a adaptar el sistema legal a las nuevas realidades, mientras que en otros casos se percibe todo el fenómeno en clave de requerimiento de dosis superiores de flexibilidad o de rechazo de fórmulas de ingeniería contractual que se presuponen claramente fraudulentas, de lo que deriva en uno y otro caso rechazo de cualquier intervención de cambio a estos efectos.

Una prueba bien elocuente de todo lo anterior, es que, a pesar de que desde la interpretación elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el referente de partida sea un deslinde de regímenes jurídicos en base al

criterio de la subordinación, ello sólo tiene alcance a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, en particular de las Directivas en materia de armonización legislativa, pero no para lo que decidan como regulación interna cada Estado miembro a efectos de la legislación laboral general y, en particular, respecto de aquellas instituciones laborales no afectadas por las mencionadas Directivas. Más aún, a pesar de que el Tribunal de Luxemburgo se decante claramente por el criterio de la subordinación, no lo llega a institucionalizar como tal elevándolo a la categoría de concepto comunitario de trabajador y, mucho menos, es un criterio que se haya atrevido ninguna Directiva a incorporar formalmente como tal; si acaso, existe individualizadamente una definición de que se entiende por “trabajador” a efectos de cada concreta Directiva, pero con una definición que da juego para incluir diversas opciones legislativas nacionales y, desde luego, en ningún caso con voluntad de provocar generalizaciones a estos efectos. A la postre, el debate que se aprecia, a veces incluso encendido, en algunos Estados miembros respecto de las fronteras entre lo incluido y lo excluido de la legislación laboral, del uso más o menos apropiado de la subordinación, apenas parece que presente permeabilidad para desarrollarse también en el ámbito de la Unión Europea.

Sean estas las circunstancias determinantes o sean otras diferentes, en todo caso lo que se puede afirmar con rotundidad es que tanto el referente legislativo de partida como las actitudes de los diferentes protagonistas a intervenir sobre la materia son relativamente distintos según países; y, al detectarse tales diferencias, lo cierto es que ello condiciona notablemente el debate académico en los respectivos países.

Aceptando esta disparidad de partida, la conclusión no puede ser otra que las reflexiones que siguen, por mucho que pretendan situarse en un plano global o transnacional, necesariamente en mi caso van a encontrarse estrechamente condicionadas por la realidad concreta de España, por la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido esta materia entre nosotros y, a la postre por las actitudes de los diferentes protagonistas (empresariales y sindicales) al respecto. El dato cuantitativo de partida viene a ser muy indicativo del alcance del asunto, comparativamente entre unos y otros mercados de trabajo; por ejemplo, por aportar un simple dato orientativo, en España el porcentaje de la población ocupada con la condición de trabajadores autónomos en el sentido estricto del término se sitúa en torno al 11 % del total de la población ocupada, cifra significativamente más reducida respecto de otros países como es el caso de Italia, al mismo tiempo que se aprecia que ese porcentaje no crece en los últimos tiempos, de modo que las variaciones estadísticas de encuentran más vinculadas

al cambio de ciclo económico y, por ahora, no influidas por los cambios organizativos y tecnológicos en las empresas. Dicho de otro modo, se participa en un debate hoy en día global, a partir de transformaciones tecnológicas y organizativas que vienen a impactar de manera similar sobre cualquier mercado de trabajo, pero que necesariamente acaba siendo una lectura nacional. Por tanto, lo autoreferencial se encuentra palpablemente en el debate legislativo, jurisprudencial, sindical y académico en España, de lo que con enorme dificultad puede escapar quien redacta estas páginas.

Última aclaración de carácter general a los efectos de entender el alcance y el valor a otorgar al presente estudio: el mismo se efectúa con voluntad de visión global, pero desde la perspectiva no sólo española, sino adicionalmente desde la posición personal en el análisis de la materia. Dicho de otro modo, esta temática, como sucede en algunos otros países, aborda una cuestión para la que se está desarrollando un debate muy vivo e intenso entre nosotros, donde las posiciones son muy diversas. Al ser escasas las unanimidades al respecto, la exposición que sigue, no pudiendo ser meramente descriptiva del estado de la cuestión, efectúa valoraciones personales, que aunque personalmente entienda que tienen su base argumental, no son compartidas necesariamente por el conjunto de la doctrina española. En esa clave, procedo a efectuar mi relato.

3. Elementos básicos de partida para entender el debate en España

Como premisa para abordar el debate actual en torno a la materia, con vistas al especialista no nacional, resulta conveniente, aunque sea en términos muy esquemáticos, describir las características de partida que constituyen referente de comprensión necesarias del marco regulativo español.

Ante todo, el sistema nacional desde tiempo muy atrás se ha caracterizado por una expresa previsión legal de la definición de trabajador asalariado, por diferencia al trabajo autónomo. De este modo, cuando menos desde la Ley de Contrato de Trabajo, se define formalmente el ámbito de aplicación de la referida norma, con delimitación legal en base a una definición abstracta de qué se entiende por el trabajador sometido a dicha norma, que a la postre lo es al conjunto de la legislación laboral.

En concreto, en esos momentos de mitad del siglo pasado la definición legal giraba en torno al requisito de la “dependencia”, que se convertía en el elemento clave que marcaba la frontera con el trabajo autónomo.

En torno a la década de los años sesenta se abre un debate doctrinal acerca de cuáles habrían de ser los datos delimitadores decisivos de la mencionada frontera. En esos momentos se extiende un término que se pretende sea original, muy propio del debate nacional autárquico del momento que pretendía crear categorías diferenciadas de las propias existentes de manera casi universal en el resto de Europa. De este modo, frente a la “subordinación” como elemento decisión de la frontera, se acuña el término de “ajenidad”, con referencia al del trabajador que presta servicios “por cuenta ajena”, para desmarcarlo de las notas más tradicionales del ejercicio de los poderes directivos del empleador. De este modo, como contrapunto, al trabajador “autónomo” comienza a denominarse trabajador “por cuenta propia” como diferenciado del asalariado que lo es por cuenta ajena. Ello deriva en que emerjan en la doctrina nacional diversas tesis acerca del modo cómo había de interpretarse el significado concreto de la ajenidad con diferentes construcciones al efecto: «ajenidad en los riesgos» (Bayón Chacón), «ajenidad en los frutos» (Alonso Olea), «ajenidad en la utilidad patrimonial» (Montoya Melgar), «ajenidad en la titularidad de la organización» (Albiol Montesinos), «ajenidad en el mercado». Tales tesis alcanzan un eco desigual, en todo caso son tomadas en consideración por parte primero de la jurisprudencia y sucesivamente llegan a ser acogidas por la propia norma legal con carácter general y para marcar la frontera en ciertos supuestos específicos. Por contraste, no dejan de formularse otras tesis, más en consonancia con la dinámica europea, que pretenden incorporar al modelo español la idea de la “subordinación” como criterio central y decisivo (Rodríguez-Piñero).

Más allá del recordatorio de un debate de bastantes décadas atrás, casi olvidado por la doctrina laboralista actual, lo cierto es que la misma fue decisiva, al extremo que ha calado en la terminología científica y que incluso en el lenguaje coloquial se habla de trabajador “por cuenta ajena” y en modo alguno la de trabajador “asalariado”, “dependiente” o “subordinado”. Por ello, sigue teniendo su impacto en el momento actual, por un doble motivo.

De un lado, por cuanto que la jurisprudencia sigue utilizando, por separado o bien acumulativamente, a los efectos de resolver concretos asuntos conflictivos muy actuales; por ejemplo, se utilizan la mayoría de estas tesis como elementos argumentales decisivos a los efectos de declarar nuestro Tribunal Supremo a los “*riders*” el carácter de trabajadores sometidos a la legislación (STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924).

De otro lado, a partir de finales de la década de los años setenta del siglo pasado el criterio de la ajenidad se incorpora a nuestra legislación laboral, para

hacer dúo con la subordinación, para identificar los dos rasgos definitorios del trabajo asalariado (Ley de Relaciones Laborales de 1976, Estatuto de los Trabajadores de 1980). Se trata de una fórmula que se consolida, siendo la actualmente acuñada en nuestro vigente Estatuto de los Trabajadores; así el trabajador asalariado viene definido por la acumulación de los dos datos, ajenidad y dependencia: el trabajador que presta servicios «por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección» del empleador. Como contrapunto, el Estatuto del Trabajo Autónomo (2007) definirá a este como el que realiza su actividad profesional «por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona». Se cristalizan como dos requisitos que se conciben como indisolublemente unidos, en términos tales que la premisa legal es que sólo es posible pensar que o bien concurren los dos elementos (ajenidad y dependencia) encontrándonos ante un trabajador asalariado, o faltan ambos situándonos en el terreno del trabajo autónomo o por cuenta propia. Se trata de una idea muy generalizada, si bien personalmente no la comparto, en la medida en que mi posición es la de entender que cierto tipo de trabajadores autónomos pueden prestar servicios por cuenta ajena pero se encuentran extramuros de la legislación laboral por faltarles el requisito de la subordinación.

En todo caso, todas estas tesis sobre la ajenidad han servido para afianzar el modelo dual de división en teoría nítida entre dos modos plenamente diferenciados, incluso antagónicos de insertarse en el mercado de trabajo: asalariados y autónomos. Como contraste, se percibe una corriente muy notable de quienes no admiten fórmulas intermedias entre las dos opciones, si bien se adopte tal actitud desde posiciones opuestas en la valoración de esas situaciones intermedias: los unos porque las entienden como expresiones de falsos autónomos o mecanismos que favorecen la huida del Derecho del Trabajo, los otros porque lo perciben como un intento de laboralización de quienes deben situarse desde el punto de vista jurídico estrictamente en el terreno de la pura contratación civil basada en la autonomía individual de la voluntad.

En paralelo, como ya hemos dado a entender, la subordinación pervive como criterio exigido legalmente, interiorizado por la jurisprudencia y asimilado por la propia doctrina, en clave de incorporación del trabajador de modo genérico a una organización “ajena”, titularidad del empleador, con lo cual incluso la subordinación llega a explicarse como una tesis más de la ajenidad”. En estos términos, la comprobación de la concurrencia de la subordinación se produce por la vía de la constatación del ejercicio por parte del empleador de sus típicos poderes directivos, incluidos los organizativos, de control y disciplinarios. En términos prácticos, conforme va evolucionando la realidad productiva,

organizativa y tecnológica de las empresas, en paralelo a la expansión subjetiva en la aplicación de la legislación laboral para incorporar a profesionales con notable capacidad de autonomía técnica, tanto doctrina como jurisprudencia van evolucionando. En concreto, ya desde mediados de la década de los años ochenta del siglo pasado se observa, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, una comprensión flexible del requisito de la subordinación, de modo que no responda a los estereotipos clásicos del trabajador industrial fordista que trabaja en la cadena de producción sometido a estrictas reglas de lugar, tiempo y modo de ejecución del trabajo (SSTS 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, ECLI:ES:TS:2017:4552; 25 de marzo de 2013, rec. 1564/2012, ECLI:ES:TS:2013:2389; 29 de noviembre de 2010, rec. 253/2010, ECLI:ES:TS:2010:7764; 20 de julio de 2010, rec. 3344/2009, ECLI:ES:TS:2010:4450; 7 de octubre de 2009, rec. 4160/2008, ECLI:ES:TS:2009:6415). La jurisprudencia ha venido elaborando un concepto muy amplio, admitiendo la nota diferencial de una manera flexible, siempre que se advierta un genérico poder de mando en la empresa y un correlativo deber de obediencia en el trabajador, pero destacando, en todo caso, que lo relevante para la determinación de si existe o no contrato de trabajo es la obediencia al poder de dirección y de mando del empresario. Se entiende así la subordinación como el estar situado el trabajador dentro de la esfera organicista y rectora de la empresa (STS 29 diciembre 1999, RJ 2000/1427; 19 de febrero de 2014, RJ 2075; STS 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, ECLI:ES:TS:2017:4552; STS 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012, ECLI:ES:TS:2014:1404.)

Esa adaptación progresiva del alcance de la subordinación provoca que se hayan podido asimilar, sin mayores dificultades realidades diversas de trabajos con importantes dosis de decisión personal acerca del modo de ejecutarlos, sin necesidad de poner en cuestión su carácter de trabajo subordinado. A tal efecto, la jurisprudencia utiliza una serie de indicios fácticos en el proceso probatorio para efectuar un proceso de argumentación valorativa de conjunto acerca de hasta qué punto la situación global permite calificar al supuesto como de carácter subordinado o autónomo; ningún indicio se eleva a la categoría de requisito imprescindible, pues lo que primea es el análisis de conjunto, que lleva al convencimiento del carácter subordinada o autónoma de la relación jurídica establecida (SSTS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924; 11 de mayo de 2009, rec. 3707/2007, ECLI:ES:TS:2009:3784; 7 de octubre de 2009, rec. 4169/2008, ECLI:ES:TS:2009:6415; 29 de noviembre de 2010, rec. 253/2010, ECLI:ES:TS:2010:7764; 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012,

ECLI:ES:TS:2014:1404; 16 de noviembre de 2017, rec. 2806, ECLI:ES:TS:2017:4552; 4 de febrero de 2020, rec. 3008/2017, ECLI:ES:TS:2020:434). A mayor abundamiento, esta técnica judicial se encuentra lo suficientemente asentada, como para que, a pesar de trabajarse con esta técnica de indicios, ello no desemboque ni en discrecionalidad judicial ni en inseguridad jurídica. Puede existir un proceso lento de discusión para supuestos concretos, si bien al final se consolida con una jurisprudencia clara por parte del Tribunal Supremo, que elimina tanto los riesgos de arbitrariedad judicial como de inseguridad jurídica.

De este modo, esto ha permitido integrar en el ámbito de la subordinación trabajadores con libertad de horario, que ejecutan su trabajo a distancia, con ámbito propio de decisión de su propio trabajo, sin obligación de asumir todos los encargos del empleador, incluso trabajadores que materialmente tienen se someten a un contrato “cero hora” por mucho que formalmente están prohibidos por la legislación laboral, con esporádica sustitución de su trabajo por otros, etc.; lo que ha desembocado con naturalidad en la declaración unánime por parte de la sala de lo social del Tribunal Supremo de los “riders” como trabajadores plenamente sometidos a la legislación laboral, por tanto negando su condición de autónomos. A mayor abundamiento, estos procesos se retroalimentan, en la medida en que en ocasiones la consolidación de ciertos criterios jurisprudenciales provoca sucesivamente intervenciones legislativas, en unos casos de corrección legal excluyendo expresamente a determinados supuestos de la condición de trabajadores subordinados (transportistas de mercancías, 1994), en otros casos confirmando la inclusión de los supuestos (propuesta gubernamental de inclusión de los trabajos a través de plataformas en el ámbito de lo laboral, 2020).

Conviene destacar que ese proceso de flexibilización de la subordinación, visto desde la perspectiva de la emergencia de otras construcciones desarrolladas en algunos países, han desembocado en que prácticamente nadie ha defendido la identificación de categorías intermedias entre la subordinación y autonomía como elemento de deslinde entre las dos categorías tradicionales de trabajadores presentes en nuestro mercado de trabajo. Aclaro, no es que no se hayan propuesto fórmulas alternativas de modificación legal de la frontera del ámbito de aplicación de la legislación laboral, o bien de implantación de categorías diversas; el matiz consiste en que cuando se ha realizado algunas de estas propuestas nadie lo ha hecho a partir de una reconstrucción del requisito de la subordinación. Dicho de forma nítida, y en lo concreto, desde la concepción del modelo español para todos, subordinación viene a constituir un sinónimo de

dependencia, de modo que donde hay subordinación concurre dependencia y viceversa. En los mismos términos, desde la perspectiva española no resulta nada fácil alcanzar a comprender la identidad diferenciada del concepto de “hetero-organización” o de “heterodependencia”, por cuanto que para jurisprudencia y doctrina la teórica idea de la hetero-organización o heterodependencia no constituiría más que una expresión más de la subordinación presente en el trabajo sometido a la legislación laboral.

4. Crítica a las tesis de la dependencia económica

A pesar de la a nuestro juicio intensa capacidad de nuestro sistema legal para adaptarse a los cambios organizativos y tecnológicos empresariales, perviven indiscutibles resultados de insatisfacción en cuanto a los resultados. De un lado, concurren prácticas de “ingeniería contractual” que acentúan las prácticas de “huida del Derecho del Trabajo”. Se trata esencialmente de prácticas patológicas, que se sitúan en la práctica en el territorio de la irregularidad legal, provocando un número nada desdeñables de situaciones que simplemente cabe calificar como falsos autónomos; el problema en este territorio se sitúa esencialmente en la reducida eficacia de las técnicas del control del cumplimiento de la legislación laboral y, por ende, de efectividad del aparato sancionador establecido al efecto. De otro lado, emergen indiscutible nuevas realidades, que permiten optar lícitamente, por tanto, extramuros del territorio de los falsos autónomos, por la contratación civil, mercantil o administrativa en régimen de auténtica prestación de servicios como trabajadores autónomos. La flexibilidad empresarial, la forma de colaboración con terceros, permite la existencia de un elevado porcentaje de trabajadores autónomos, que prestan sus servicios para otras empresas, no para el gran público de usuarios y consumidores, en el marco de la descentralización productiva. Eso sí, se trata de nuevas formas de empleo, que presentan ciertos rasgos de similitud con los clásicos y propios del trabajo subordinado; rasgos de similitud que sobre todo se manifiestan en la ejecución personal y directa del trabajo por parte del profesional autónomo, así como de la intensa dependencia económica del mismo respecto de su empresa cliente.

El resultado de todo ello, desde el punto de vista sociológico, reside en que se produce un marcado desequilibrio contractual entre el trabajador autónomo y la empresa cliente, cuyo reequilibrio requiere de una intervención jurídica con los rasgos tradicionales de tutela propios del Derecho del Trabajo.

A tenor de estos resultados, desde algunas posiciones se valora que todo lo anterior puede estar mostrando que el criterio de la subordinación progresivamente se percibe como superado, de modo que proponen su sustitución por otros criterios que permitan incorporar dentro de la esfera de la legislación laboral al perfil precedente de trabajadores autónomos con marcada situación de desequilibrio contractual.

De las diferentes propuestas que se vienen formulando, destaca aquella que propugna abandonar el criterio de la subordinación para sustituirlo por el de la dependencia económica. La tesis, de prosperar y lograr elevar a rango jurídico esa referencia a la dependencia económica, ciertamente tendría un marcado carácter protector de un porcentaje considerablemente más elevado al que actualmente abarca la vigente legislación laboral.

A nuestro juicio, estas propuestas, más allá de su carácter bienintencionado, presentan enormes dificultades técnicas e institucionales, que explican que las mismas no hayan tenido una fuerte acogida doctrinal, ni siquiera sindical o política. Partiendo del objetivo a compartir de que frente a las situaciones de desequilibrio contractual derivadas de la dependencia económica se debe intervenir legalmente, adoptando una perspectiva de tutela del contratante débil, ello estimamos que no debe producirse por la vía de la superación del criterio de la subordinación y su sustitución por el criterio de la dependencia económica. Personalmente valoro dichas tesis como inasumibles desde el actual modelo laboral, cuando menos en un país como es el nuestro, al punto que incluso tendrían riesgos graves de provocar efectos boomerangs de reducción general de los estándares de tutela de los trabajadores subordinados más tradicionales.

Ante todo, la dependencia económica constituye una categoría sociológica, sin un perfil jurídico definido. En efecto, una cosa es que se presente ese elemento común de la presencia del contratante débil, a resultas de la concurrencia de una manifiesta dependencia económica del profesional autónomo respecto de su empresa cliente, que se comparte sociológicamente con el trabajador subordinado, y otra bien diferente es que el mecanismo institucional desde la perspectiva jurídica de compensación de posiciones pueda efectuarse a través de los mismos instrumentos legales.

Ante todo, una multitud de instituciones prototípicas del régimen jurídico del contrato de trabajo se construyen sobre la base de la presencia de la subordinación jurídica, de modo que las mismas no cabe trasladarlas al ámbito del trabajo autónomo, en el bien entendido de que nos estamos refiriendo a titulares de negocios propios, de auténticos autónomos y no de falsos

autónomos. Especialmente por lo que se refiere a la vertiente individual de las relaciones laborales, el grueso de la normativa laboral gira en torno a la regulación de los poderes empresariales, sean de carácter organizativo, de control de la prestación de servicios y disciplinarios, se diseñan sobre la premisa de la subordinación, que constituye la base de partida tanto para el reconocimiento formal de los poderes laborales titularidad del empleador como de la viabilidad de imponerle límites materiales o procedimentales. Todo ello, desde el punto de vista técnico resulta inviable trasladarlo al ámbito del trabajo autónomo, donde la premisa real es la ausencia de tales poderes a favor de la empresa cliente. Desde el punto de vista jurídico, el desequilibrio contractual del trabajo subordinado deriva de la presencia de los poderes unilaterales empresariales, mientras que en el autónomo con dependencia económica persiste la debilidad contractual a pesar de la ausencia de atribución de tales poderes unilaterales a la empresa cliente.

De este modo, por mucho que actuemos en el territorio de las reglas tradicionales laborales no podremos corregir el desequilibrio entre estos autónomos económicamente dependientes, pues dicho desequilibrio se articula jurídicamente por canales diversos que no serían corregidos por la vía de una operación simplista de automática incorporación al ámbito de aplicación de la legislación laboral. Con ello, lo único que se lograría sería un cierto nominalismo, que desembocaría en crear por imperativo legal ahora la categoría de los “falsos subordinados”; podrían alcanzar la condición formal pero no una eficiente tutela jurídica. Incluso en la hipótesis de que se lograra el resultado de articular un régimen de tutela estricta para este perfil de trabajadores autónomos el resultado sería la introducción de un escenario de encorsetamiento por la vía de reglas rígidas, poco adaptables a un modelo económico que requiere de las correspondientes dosis de flexibilidad organizativa. En el fondo, podría provocar una prohibición de formas de auténtico trabajo autónomo que no responde a las exigencias del tráfico económico. A mayor abundamiento, se trataría de una fórmula que podría entrar en colisión con las exigencias de la libre competencia mercantil, tanto desde la perspectiva constitucional como de la europea. Y, a la postre, podría incluso provocar el efecto boomerang de provocar presiones hacia la reducción de los estándares de tutela tradicionales propios de la legislación laboral, con efectos negativos sobre el segmento más vulnerable de los trabajadores subordinados clásicos y “ortodoxos”.

5. Hacia un tronco básico de tutela, con sucesiva diversificación normativa

Derivada de la a mi juicio inviabilidad de adoptar el criterio de la dependencia económica, la consecuencia es, igualmente a mi criterio, la imposibilidad de establecer un régimen unitario de intervención legal. En concreto, estimo irrealizable un sistema de protección de la persona que presta servicios para otra, es decir por cuenta ajena, con independencia de que lo lleve a cabo en régimen de subordinación o de autonomía. Las formas de inserción en el mercado de trabajo del conjunto de quienes efectúan trabajos personales para otros resulta tan dispar, que se presenta como ilusorio un tratamiento unitario del conjunto de los trabajadores por cuenta ajena. Por ser más precisos, ello sólo sería viable en términos institucionales con una opción de desmantelamiento del conjunto del acervo jurídico protector del trabajo subordinado prototípico cuando menos del Derecho del Trabajo propio de la Europa continental; un desmantelamiento que sólo conduciría a volver a modelos decimonónicos basado en un sistema arcaico prototípico de lo que sería un estricto liberalismo en el sentido más puro y ortodoxo del término.

Lo anterior no comporta, ni mucho menos, mantenernos anquilosados en el círculo más reducido de la subordinación clásica, que con el paso del tiempo comportaría resultados similares a los anteriores, de una tutela tradicional del Derecho del Trabajo pero de impacto cada vez más limitado desde el punto de vista subjetivo.

Por el contrario, cabrían respuestas más afinadas, que contemplasen respuestas diferenciadas según las características y perfiles de las diferentes formas de trabajo, tanto las más tradicionales como las más novedosas.

Sí podemos compartir la idea de que el conjunto de los trabajos realizados para otros, lo que en terminología española denominaríamos por cuenta ajena, requieren de una intervención legislativa allí donde se detecten situaciones de desequilibrio contractual y, por ende, con una lógica de tutela del contratante débil. Pero ello, debe producirse a partir de respuestas no homogéneas.

Esa intervención, en su arranque sí que podría partir de un tronco común de tutela básico para todos cuantos prestan sus servicios por cuenta ajena. En concreto, ese tronco común podría construirse a parte de una relectura de los textos constitucionales receptores de la llamada “constitucionalización” del Derecho del Trabajo, a resulta de la evolución desde el Estado constitucional liberal al Estado social de Derecho. Esa relectura consistiría en superar que esa constitucionalización del trabajo, por la vía de la recepción de ciertos principios

o derechos laborales en algunos textos de segunda generación, lo es en relación con el prototipo del trabajador subordinado. Dicho de otro modo, cabría una relectura de los textos constitucionales, en clave de interpretar que algunos de los derechos laborales incorporados en los textos constitucionales lo son respecto de cualquier profesional que presta servicios de manera personal para otros en el marco de la descentralización productiva y no para la generalidad de los usuarios y consumidores: derecho al trabajo, políticas públicas orientadas al pleno empleo, libertad de elección de profesión u oficio, suficiencia retributiva, no discriminación en el trabajo, garantía del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas inespecíficos, etc. Un desarrollo en esa clave constitucional de tales derechos conformaría ese tronco común de derechos básicos.

Eso sí, lo anterior, no puede concebirse como alternativo a la regulación en clave de un régimen legal más completo del contrato de trabajo o de ciertas situaciones singulares de trabajadores autónomos, que requieren ir más allá de lo anterior. Eso sí, de nuevo, este elemento de pervivencia de las reglas más tradicionales propias del trabajo subordinado o de consideración de la diversidad sociológica del trabajo autónomo, tampoco puede concebirse desde la uniformidad. Ello sólo puede acometerse con eficacia en la tutela del trabajador y con sensibilidad obligada a los requerimientos de flexibilidad precisos para un funcionamiento eficiente de la economía, a partir de un modelo de diversificación normativa; diversificación normativa que requeriría intensidades diversas de tutela según situaciones y atención a los requerimientos de flexibilidad igualmente diferenciados.

Desde la perspectiva de la técnica jurídica, cabría acudir a dos alternativas básicas, la primera en el campo del trabajo subordinado, la segunda de ellas en el territorio del trabajo autónomo, por tanto sobre la premisa de mantener dos grandes ramas de división a partir del anterior tronco común básico: trabajo subordinado y trabajo autónomo.

En definitiva, caben dos fórmulas alternativas y acumuladas de reacción, que pueden presentarse como fórmulas de equilibrio, que logren con mayor eficacia y eficiencia tanto las dosis de tutela necesarias para el conjunto de los trabajadores con independencia del modo como se inserten en el mercado de trabajo, que al propio tiempo pueda resultar compatible con las exigencias de flexibilidad requeridas por el nuevo escenario tecnológico y organizativo empresarial.

Se trata, de un lado, de extender en la medida de lo necesario, fórmulas jurídicas de diversificación normativa, en el sentido de constatar que no todas las situaciones de subordinación son idénticas. Se trata especialmente de aceptar que

la expansión subjetiva del Derecho del Trabajo, a resultas de una comprensión flexible de la subordinación, desemboca en realidades laborales muy dispares; diversidad que en algunos supuestos conduce a fenómenos de superior flexibilidad en las condiciones laborales, que requiere de regímenes jurídicos en los que la intensidad de la tutela sea diferente. Ello, en el sistema contractual laboral español se podría canalizar por la vía de las relaciones laborales especiales o de las modalidades contractuales específicas.

De otro lado, se trataría de asumir la presencia real, desde la perspectiva sociológica de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, incorporados con escaso éxito por parte del ordenamiento español desde 2007, que requeriría hacer el diagnóstico de su fracaso y de repensar la respuesta oportuna para corregir los resultados actuales.

6. La necesaria diversificación normativa a través de las relaciones laborales especiales y modalidades contractuales: el trabajo a distancia

Desde la década de los años setenta del siglo pasado se estableció en la legislación laboral en España la categoría de las “relaciones laborales especiales”, como una modalidad contractual integrada dentro del ordenamiento laboral pero al margen inicialmente del contrato de trabajo ordinario. En estos momentos se encuentra recogido el listado de relaciones especiales dentro del Estatuto de los Trabajadores, como supuestos a los que inicialmente no se les aplica dicha Ley, con remisión a una norma específica para cada relación especial, sin perjuicio de que la práctica totalidad (salvo para el personal de alta dirección) de ellas posterior se declarase de aplicación supletoria el propio Estatuto de los Trabajadores. El mecanismo ha servido en unos casos para integrar dentro de la legislación laboral a supuestos que inicialmente se encontraban fuera del ámbito de la legislación laboral (altos cargos, servicio doméstico), mientras que en otros casos era el resultado de la dificultad de aplicar con automaticidad la legislación común a este tipo de supuestos singulares (deportistas profesionales, operadores mercantiles, artistas en espectáculos públicos, penados en instituciones penitenciarias, etc.).

En algunas ocasiones se ha abusado de esta categoría, con una ampliación de la relación de supuestos excesiva, incluso a veces de notable arbitrariedad, pues las especialidades en algunas ocasiones son de tono menor y vienen predeterminadas más por factores de carácter más estrictamente políticos que de coherencia con el diseño de la institución. Tal sucede, por ejemplo, con la declaración como tales del trabajo de los discapacitados en centros especiales de

empleo, los residentes especialistas en centros de salud, o bien los abogados que prestan servicios en despachos de abogados.

En todo caso, más allá del uso más o menos correcto de esta categoría, se trata de una técnica jurídica que puede ser apropiada para dar respuesta a nuevas forma de trabajo en relación con su inserción en la empresa que, manteniendo el carácter subordinado de la relación laboral, sin embargo requieren de dosis superiores de flexibilidad en las condiciones de trabajo a las más tradiciones y típicas del trabajo asalariado. En estas condiciones, ello puede permitir para ciertos trabajos una acogida sin tensión dentro del ámbito aplicativo de la legislación laboral, con criterios de nítida tutela al contratante débil, pero facilitando al propio tiempo las necesidades de adaptación a los requerimientos organizativos y tecnológicos de las empresa.

Complementariamente a lo anterior, la legislación laboral ha incluido también otras regulaciones singulares bajo la denominación de “modalidades contractuales”, que despliegan una funcionalidad bastante próxima a la anterior. Por mencionar a título de ejemplo, los supuestos más emblemáticos de estas modalidades, podemos referirnos al trabajo a tiempo parcial, a los contratos formativos y al trabajo a distancia, incluido dentro de este último al teletrabajo. La diferencia principal reside en que se parte de la premisa de la aplicación general de la legislación laboral común, sin perjuicio de que se establezca una regulación propia para las mismas, que con idéntica lógica permita unas reglas de adaptación a las especialidades establecidas en las mismas. Es cierto que a veces en la práctica nos podemos encontrar con resultados de que las especialidades son mayores en el caso de las modalidades que de las relaciones especiales, al extremo de que las diferencias materiales resultan a veces especialmente difusas, con independencia de que la técnica jurídica empleada en uno y otro caso se presente como claramente diferente. La razón de inclusión de estas situaciones entre las “modalidades” y no entre las “relaciones especiales”, puede resultar igualmente aleatoria, al extremo que algunos supuestos de relaciones especiales encajarían mejor dentro de la categoría de modalidades contractuales y viceversa.

En todo caso, de nuevo, nos encontramos ante realidades que exigen fórmulas de diversificación normativa, a los efectos de atender a las singularidades propias de ciertos trabajos, que de este modo lo hagan plenamente compatible con su inserción dentro del trabajo subordinado y, por ende, dentro de la legislación laboral.

El trabajo a distancia. Ejemplo paradigmático de esto último se encuentra en la muy reciente aprobación de una regulación completa del trabajo a distancia, tanto del tradicional como del teletrabajo, a través de un Real Decreto-Ley del

presente año (RDL 28/2020, de 22 de septiembre, BOE 23 de septiembre). Baste con indicar la trascendencia de la intervención normativa que hasta el presente no había tenido prácticamente ningún impacto aplicativo práctico en España lo establecido en el acuerdo europeo sobre el teletrabajo. Simbólico igualmente resulta que su regulación, hasta ahora recogida en un solo precepto del Estatuto de los Trabajadores, para regularse en una norma independiente, que dedica más de 25 preceptos a la regulación de esta modalidad contractual, sin perjuicio de contener la misma una amplia remisión a la negociación colectiva, para que en clave de complementariedad proceda a implementar las previsiones generales contenidas en la presente ley y aparte de efectuar una remisión a normativa específica para el teletrabajo en el empleo público dado que se trata de una norma sólo aplicable al sector privado.

Comoquiera que en las más de las ocasiones este trabajo a distancia no se efectúa al completo fuera de los locales de la empresa, sino que con mayor o menor intensidad tiene carácter semipresencial o semi a distancia, se establece un umbral a partir del cual se considera que el mismo se regula por la normativa específica para el mismo: tiene tal carácter cuando se realiza a distancia un mínimo del 30 % de la jornada en un período de referencia de tres meses. Lo anterior se contempla sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se pueda establecer también una jornada mínima presencial para todos los trabajadores a distancia.

A esta modalidad contractual se someten dos tipos de situaciones de perfiles sociológicos bien opuestos: uno, los trabajos artesanales a domicilio que presentan un cariz casi preindustrial; el otro, el denominado teletrabajo, caracterizado por que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En todo caso, uno y otro se someten legalmente a idéntico régimen jurídico, sin perjuicio de que deban adaptarse en sus condiciones de trabajo a las peculiaridades bien diversas de ejecución del trabajo en cada uno de sus tipos.

En ambos casos, por la circunstancia de realizarse el trabajo fuera de los locales de la empresa, puede resultar más compleja la diferenciación de estos contratos de trabajo a distancia respecto de ciertas formas de trabajo autónomo, dado que ciertas manifestaciones típicas de la subordinación del trabajador pueden quedar diluidas. En todo caso, requisito imprescindible es que se mantenga en estos casos el elemento de la subordinación para que se incluya como manifestación de una relación laboral sometida a contrato de trabajo, lo que se puede constatar a través de ciertos indicios de los que se deduzca que el trabajo se efectúa dentro del ámbito de organización y dirección del empleador,

siendo imprescindible que se realice personalmente por el propio trabajador, aunque se lleve a cabo a distancia (STS de 22 de abril de 1996, RJ 3334; 12 de septiembre de 1988, RJ 6870; 17 de mayo de 1988, RJ 4238). A estos efectos la nueva norma, no disipa las dudas al respecto, y pierde la ocasión de haber establecido alguna mínima pauta orientativa de cómo se marca la frontera específica entre el trabajo a distancia subordinado respecto del trabajo a distancia autónomo. La nueva norma se limita a establecer que la misma será de aplicación a las relaciones de trabajo en las que concurran los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para declarar una prestación de servicios como trabajo asalariado; en definitiva, allí donde concurran los tradicionales elementos de la ajenidad y la subordinación, pero sin precisar cuando se darían los datos facticos determinantes de la subordinación, que resulta imprescindible para aportar seguridad jurídica en una frontera especialmente difícil en estos casos. Es cierto que allí donde un porcentaje significativo del trabajo presencial se efectúe en los locales de la empresa, permitirá detectar la subordinación respecto del período de presencia, pero lo hará más complejo cuando la totalidad de la actividad se ejecute a distancia salvo momentos puntuales. Las organizaciones sindicales pretenden que por vía de la negociación colectiva se establezcan períodos mínimos de presencialidad en el trabajo a distancia, posibilidad que expresamente contempla en la Ley como materia regulable a través de los convenios colectivos. Sin embargo, esa pretensión sindical, a la que no se oponen de principio las representaciones empresariales, a mi juicio, más allá de su objetivo bienintencionado, a mi juicio presenta también un enorme riesgo, por cuanto el mismo puede provocar un efecto colateral; en concreto, la exigencia a través de la negociación colectiva de un período mínimo de presencialidad para el trabajo subordinado a distancia, puede provocar el efecto boomerang indeseado que se presuma que todo trabajo a distancia sin porcentaje alguno de presencialidad tiene el carácter de autónomo y, por tanto, se sitúe fuera del ámbito de la legislación laboral. Con ello, se acabaría excluyendo del trabajo subordinado a distancia fórmulas de incentivo al mismo que tienen una gran potencialidad de desarrollo con efectos beneficiosos económicos y sociales. De un lado, en España surge como nueva sensibilidad los problemas de despoblamiento de ciertas zonas rurales, la llamada entre nosotros la España “vacía”, que podrían compensarse con políticas de implantación fuerte de la digitalización en esos territorios, que permita unas ofertas de teletrabajo pleno, sin presencialidad alguna, pero con clara presencia de los elementos de subordinación. De otro lado, la pandemia parece mostrar el agotamiento de un patrón de crecimiento con fuerte centralidad de la actividad turística en zonas

agradable para vivir por sus condiciones climatológicas; en esas zonas geográficas, también se comienza a reorientar su actividad productiva, para ofrecer el desplazamiento para residir a población que podría desarrollar actividad profesional en régimen de teletrabajo para empresas transnacionales. En los mismos términos, se trataría de fenómenos de expansión de un teletrabajo con la totalidad de la jornada a distancia, sin presencialidad salvo momentos muy puntuales, pero que no por ello dejaría de ejecutarse en régimen de subordinación. Sin lugar a dudas, todos estos fenómenos provocarán nuevas tensiones entre en las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. Ello podría ser abordado en la nueva regulación anunciada por el Gobierno de establecimiento de criterios acerca de la concurrencia de la subordinación en el ámbito de los trabajos de plataforma, que en todo caso acabará siendo un asunto de segura judicialización entre nosotros.

Principio de voluntariedad de la modalidad contractual. Siguiendo la estela del acuerdo europeo, regla de partida básica en el trabajo a distancia es que el mismo debe efectuarse voluntariamente, por tanto, requiere del libre acuerdo entre las partes, bien en el momento inicial de celebración del contrato de trabajo, o bien en el momento posterior si se desea transformar tanto sea un trabajo presencial en a distancia como a la inversa de a distancia en presencial, incluida la modificación de incremento o reducción del porcentaje de presencialidad; sin que, en sentido negativo sea admisible su imposición unilateral por cualquiera de las partes o por derivación de un acuerdo colectivo (STS de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004, RJ 4060). Eso sí, se le reconoce al trabajador el derecho a solicitar pasar a prestar su trabajo a distancia para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral o familiar, si bien ello queda condicionado a los términos en que se pacte en la negociación colectiva y, a falta de pacto en convenio colectivo se contempla un período de negociación que puede desembocar en la negativa del empleador, quien en todo caso deberá indicar las razones objetivas justificativas de su oposición. Forma parte igualmente del principio de voluntariedad la decisión del trabajador de elegir el lugar concreto de ejecución del trabajo, lo sea en su domicilio o en otro sitio elegido por este, si bien el empleador debe conocer el sitio donde se realiza a efectos de cumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo, por lo que debe constar en el acuerdo de trabajo a distancia el preciso lugar en el que se va a efectuar.

Formalización del acuerdo de trabajo a distancia. A mayor abundamiento, esa voluntad de las partes debe expresarse por escrito y con el contenido preciso que viene identificado legalmente. En concreto, la norma de forma muy

pormenorizada enumera los contenidos que necesariamente debe contener dicho acuerdo. La empresa debe entregar a la representación legal de los trabajadores y a a oficina de empleo una copia del acuerdo de trabajo a distancia y de sus actualizaciones, incluida la notificación del porcentaje de presencialidad, excluyendo aquellos que puedan afectar a la intimidad o privacidad del trabajador.

La falta de formalización por escrito del acuerdo de trabajo a distancia, a semejanza con lo que sucede con la validez del contrato de trabajo, no provoca su nulidad, sino exclusivamente su presunción de celebración por tiempo indefinido y a tiempo completo, sin perjuicio de que adicionalmente cabe la imposición de la correspondiente sanción administrativa por estar ello tipificado como infracción grave. De igual forma, el incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores no afecta a la validez del contrato, pero si es susceptible de sanción administrativa por infracción grave.

Igualdad de trato y de oportunidades. En cuanto a las condiciones de trabajo, igualmente en correspondencia con lo establecido por el acuerdo europeo sobre teletrabajo, el principio general es el reconocimiento al trabajador a distancia de los mismos derechos que le corresponden a quienes prestan sus servicios en los locales de trabajo de la empresa, salvo aquellos inherentes a la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional. Esta igualdad de trato de extiende al conjunto de los derechos y situaciones del trabajador a distancia, respecto de los trabajadores presenciales: retribución y costes laborales, derecho al horario flexible y al registro horario adecuado, a la desconexión digital, modificación de condiciones, discriminación por razón de género y Planes de igualdad, acoso en el trabajo, conciliación y corresponsabilidad familiar, derecho a la formación y a la promoción profesional, derecho a la prevención de riesgos laborales, al uso de los medios digitales y al protección de la intimidad y a la protección de datos, a los derechos colectivos, a las facultades de control empresarial.

Derechos económicos. En particular, tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo. Ello ha de entenderse no en el sentido formalista de que no puedan existir diferencias retributivas entre unos y otros

tipos de trabajos cuando concurren circunstancias objetivas y proporcionadas que justifiquen una diferencia de tratamiento, sino que ha de aplicarse el principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor con independencia de que se efectúen presencialmente o a distancia.

Elemento singular en estos casos se produce por el hecho de que al efectuarse el trabajo a distancia el trabajador podría tener determinados costes o gastos derivados del trabajo, que es claro que nunca se soporta en el trabajo presencial. A tal efecto, se prevé que quienes trabajan a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo de trabajo a distancia. Ello incluye también la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo.

Más imprecisa es la norma respecto de los gastos, pues de un lado prevé que el desarrollo del trabajo a distancia debe ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte del trabajador de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral; si bien al mismo tiempo indica que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

La importancia de la implementación a través de la negociación colectiva. Como ya hemos indicado, la nueva norma contiene importantes reenvíos a la negociación colectiva, para que esta proceda a desarrollar aspectos esenciales del trabajo a distancia. El papel asignado a los convenios colectivos en esta materia resulta crucial, al extremo que algunos aspectos de su régimen jurídico requieren de la intervención en todo caso de la intervención de integración normativa por parte de los convenios colectivos, en términos tales que su ausencia puede provocar importantes lagunas regulativas. A estos efectos, va a resultar clave el devenir de los procesos de contratación colectiva en ciertos ámbitos donde se detectan nuevas formas de negocios que, por sus características, como tales podrían encontrarse del ámbito de aplicación de los convenios colectivos más clásicos. En definitiva, pueden surgir vacíos de cobertura negocial, de modo que para estos nuevos negocios no cupiera detectar convenio colectivo de aplicación, por no ser de referencia ni los convenios sectoriales tradicionales ni verificarse impulso de negociación en el ámbito empresarial.

7. La tutela efectiva y eficiente del trabajo autónomo económicamente dependiente

En España, con ocasión de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo, se introdujo en 2007 una modalidad de contratación civil específica, bajo la denominación de trabajo autónomo económicamente dependiente. La finalidad del legislador no era otra que la de introducir reglas de tutela a este tipo de autónomos como contratante débil, sin por ello desnaturalizar su carácter de contrato civil de prestación de servicios como titular de una actividad profesional propia. Apenas que se efectúe una revisión del Derecho Civil moderno, se observa que este ha superado en muchas de sus manifestaciones la filosofía liberal decimonónica del formalismo de la autonomía individual de la voluntad. Baste con mencionar al efecto ejemplos tales como la protección de los arrendatarios inquilinos en el alquiler tanto de apartamentos urbanos como de fincas rústicas, o bien la extensa protección de usuarios y consumidores frente a grandes empresas. De este modo, la lógica regulativa en esta materia no es otra que la de introducir reglas de tutela del autónomo económicamente dependiente como prototipo del contratante débil, claramente diferenciado del tradicional profesional libre.

Tienen la condición de “autónomos” en la medida en que son titulares de su propia organización productiva y no se someten al poder de dirección de otro empresario, por tanto, en sentido negativo no pueden considerarse trabajadores en régimen de subordinación sometidos a la legislación laboral. Pero al propio tiempo, tienen la condición de “dependientes” en el sentido de que prestan sus servicios de manera prevalente para un mismo cliente, del cual obtienen sus principales ingresos económicos, en términos tales que ese cliente en la práctica influye sobre las condiciones de trabajo y empleo de este singular autónomo. Legalmente vienen caracterizados por la circunstancia de que, a pesar de mantener su condición de trabajadores autónomos que gestionan personalmente su actividad profesional sin rasgo alguno de subordinación jurídica, sin embargo se da la particularidad de que mantienen una estrecha relación económica con un concreto cliente, de modo que sus ingresos fundamentales provienen del mismo.

Ello conduce a que el legislador cuando procede a delimitar el ámbito de este trabajo autónomo económicamente dependiente deba proceder a fijar dos grupos de requisitos: unos requisitos dirigidos a precisar la frontera entre trabajadores subordinados sometidos al Estatuto de los Trabajadores y los autónomos económicamente dependientes; otros requisitos dirigidos a fijar la

frontera entre autónomos ordinarios y los autónomos económicamente dependientes.

Dentro del primer grupo de requisitos se encuentran los siguientes: 1) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral; 2) disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente; 3) desarrollar sus actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; 4) percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad.

Por su parte, dentro del segundo grupo de requisitos se encuentran los siguientes: 1) percibir de la empresa cliente al menos el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas y profesionales; 2) no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena; 3) no contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros; 4) imposibilidad de ser titulares de establecimientos abiertos al público; 5) ausencia de régimen societario en la gestión de su actividad.

Adicionalmente, existiría un tercer grupo de requisitos comunes a todo trabajador, sea autónomo económicamente dependiente o subordinado, relativos a la ejecución personal de la actividad profesional, o bien los relativos a los requisitos de formalización del contrato.

El resultado práctico de la introducción de esta modalidad contractual ha sido completamente desalentador, al extremo que casi cabe hablar de un fracaso sin paliativos del objetivo del legislador de introducir mecanismos de tratamiento diferenciado, en clave de tutela, para este perfil predefinido de autónomos.

A tal efecto, se viene constatando que estadísticamente el número de autónomos que ejecutan su actividad para un solo cliente es muy superior al escaso número de trabajadores autónomos económicamente formalizados como tales. No se puede ocultar que el legislador que introdujo la figura por primera vez hace ya más de una década tenía cierta prevención, cuando no directa desconfianza, hacia un uso desviado de la figura; mayor desconfianza si cabe cabía advertir tanto desde posiciones sindicales como empresariales: las sindicales porque entendían que la creación de la figura iba a provocar un desplazamiento de tradicionales trabajadores subordinados hacia esta figura, con resultado de desprotección jurídica de los mismo; las empresariales, en sentido inverso, por cuanto que valoraban que la pretensión del legislador era simplemente la de “laboralizar” por una vía oculta a quienes tenían la condición

de autónomos a todos los efectos y deberían someterse a las exclusivas pautas de la contratación civil.

El resultado de tales actitudes y posiciones, fue la de introducirse legalmente un elevado número de requisitos de muy variada índole, que dio como resultado una intensa dificultad en que esta modalidad desplegara la función social de proporcionar un mínimo de tutela a aquellos autónomos que se encontraban en una notable posición de debilidad contractual a resultas de su relación de dependencia económica con la empresa cliente.

Desde mi personal punto de vista, lo que ha de tenerse en cuenta es que esa notable diferencia entre la realidad sociológica y estadística, de un lado, y la materialización aplicativa de la modalidad contractual, no se produce por efecto de la celebración de contratos de trabajo que deberían tener la condición de autónomos económicamente dependientes, sino por lo inverso, el sometimiento de un alto número de autónomos económicamente dependientes en el sentido material del término a la regulación del trabajo autónomo. Lo que se está produciendo es, por decirlo con simplicidad, una práctica de huida del autónomo económicamente dependiente hacia el autónomo ordinario: quien debería ser contratado como autónomo económicamente dependiente lo es como autónomo ordinario.

Siendo ello así, la conclusión es que los problemas no se encuentran en el primer grupo de requisitos, sino en el segundo grupo y en los comunes, que, o bien algunos carecen de todo fundamento y deberían eliminarse, o bien deberían dulcificarse o interpretarse en sentido finalista conforme a la funcionalidad que deben desplegar y no con el juego desviado con que actúan en ocasiones.

Desde esta perspectiva, en términos telegráficos, cabría apuntar las siguientes propuestas finales.

Una primera medida sería en relación a la calificación jurídica de la figura y su carácter impositivo “*ex lege*” de la celebración del contrato, cuando se den los presupuestos objetivos determinantes de la dependencia económica, no admitiendo el pacto entre las partes en tales circunstancias de celebración de un contrato civil o mercantil de autónomo ordinario. Recordar que, en estos momentos, la concurrencia de los presupuestos objetivos determina la celebración como tal del contrato cuando lo pactan libremente las partes o bien cuando lo exige el autónomo, si bien con la importante limitación de que debe reclamarlo judicialmente y la resolución judicial tan sólo posee efectos “*ex nunc*”. Tal fórmula se presenta como excesivamente rígida respecto de lo que se establece tanto en la contratación laboral como en la propia civil. A la vista de que, en la práctica, las reclamaciones judiciales de esta naturaleza de manera

generalizada no se producen si no es a resultas de la ruptura contractual entre las partes, el efecto “*ex nunc*” da lugar al resultado de que en la inmensa mayoría de las ocasiones la reclamación judicial no tenga valor jurídico alguno pues se produce cuando ya no está vigente el contrato entre las partes y el órgano judicial declararía la falta de acción procesal. Por ello, sería imprescindible cambiar el efecto “*ex nunc*” por el efecto “*ex tunc*” de la declaración judicial.

De otra parte, habría que eliminar cierto tipo de presupuestos objetivos que no poseen otro sentido que el de derivar auténticos autónomos económicamente dependientes hacia el autónomo ordinario; me refiero a requisitos tales como la imposibilidad de tener oficinas abiertas al público. Si se trata de un auténtico autónomo que puede ofrecer sus servicios al mercado, carece de sentido impedirle buscar clientela adicional, para lo que es natural la existencia de oficinas abiertas al público y que ello no les excluya de la condición de autónomos económicamente dependientes. La frontera clave debe ser el porcentaje, ya considerablemente elevado de dependencia económica, careciendo de todo sentido exigirle un dato adicional de bloqueo en la búsqueda de nuevos clientes, mientras ello no haga desaparecer la dependencia económica.

Por lo demás, las situaciones de tales profesionales no tienen por qué ser estancas, de modo que hay que favorecer los cambios de status en el devenir natural de los negocios, tanto de que el autónomo ordinario se convierta en económicamente dependiente, como a la inversa de que un autónomo económicamente dependiente se convierta en autónomo ordinario; incluso en que se pueda producir el trasvase del autónomo al asalariado y viceversa. A tal efecto, la legislación debería contemplar los mecanismos de novación contractual de todas estas variantes, con vistas a introducir claridad y seguridad jurídica en tales procesos de transición.

Igualmente resulta excesivamente rígido impedir que el autónomo económicamente dependiente pueda subcontratar con terceros parte de su actividad. Desde luego, totalmente incomprensible mezclar las relaciones contractuales con la empresa cliente principal con las otras de carácter más marginal. La subcontratación respecto del trabajo con estas últimas no tiene por qué contaminar los esquemas de vinculación con la empresa cliente principal, por lo que, a nuestro juicio, esta prohibición carece por completo de sentido. En cuanto a la subcontratación de las tareas encomendadas por la empresa cliente principal, lo decisivo es que se mantenga el requisito de la ejecución personal del trabajo encomendado; especialmente que ello se haga respecto de la tarea principal contratada. Por ello, pueden existir actividades complementarias, que no formen parte del objeto del trabajo principal, que puedan ser encomendadas a

terceros sin por ello desnaturalizar la relación con la empresa cliente principal. Se trataría más de una interpretación finalista del precepto, enlazada con el requisito de la ejecución personal del servicio que de una imprescindible necesidad de reforma legislativa, si bien una aclaración por parte del texto legal sería más efectiva al respecto. A tales efectos, teniendo presente la admisión de excepciones por parte de la jurisprudencia a la ejecución personal del servicio en el trabajo subordinado, algo similar “*mutatis mutandis*” se podría aplicar aquí al trabajo autónomo económicamente dependiente.

La última de las medidas posibles lo sería en el terreno de los costes comparativos con los trabajadores en régimen de subordinación. En esta materia las limitaciones son superiores, en la medida en que cualquier régimen tendría que ser respetuoso con las reglas comunitarias y constitucionales en materia de libertad de empresa y prohibitivas de las distorsiones de la libre concurrencia empresarial. Eso sí, siempre cabrían medidas en el terreno de los costes sociales, como sería establecer un régimen de cotizaciones con referencia a los ingresos reales de todos los autónomos, así como el de trasladar a la empresa cliente las cargas correspondientes a las cotizaciones sociales de estos trabajadores.

Bibliografía

- Aa. Vv., *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, 2016.
- Aa. Vv., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, 1999.
- Aa. Vv., *Número extraordinario dedicado al Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, en *Revista de Política Social*, 71, 1966.
- Alarcón Caracuel M. R., *La ajenidad en el mercado de trabajo: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, en *REDT*, 28, 1986, 501.
- Albiol Montesinos I., *En torno a la polémica ajenidad dependencia*, en *CCDT*, 1, 1971, 41.
- Cruz Villalón J., *El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación*, en *Documentación Laboral*, 98, 2013, 19.
- Cruz Villalón J., *Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*, en *DLM*, 2, 2013, 287.
- Cruz Villalón J., *El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo*, en *Revista de Derecho Social*, 83, 2018, 13.
- Cruz Villalón J., *Trabajadores y trabajos en el Derecho de la Unión Europea*, en Aa. Vv., *Liber Amicorum Giuseppe Santoro-Passarelli, Giurista della contemporaneità*, Giappichelli, 2018, 286.
- Cruz Villalón J., *Balance y retos del Régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, en *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 144, 2019, 102.
- Cruz Villalón J., *La notion de travailleur subordonné en Espagne face aux nouvelles formes d'emploi*, en *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2, 2019, 48.

- González Ortega S., *Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de plataformas informáticas*, en *TL*, 138, 2017, 85.
- Luján Alcaraz J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- Martínez Barroso M. R., *Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación. Análisis y propuestas de reforma*, en *Estudios Financieros*, 273, 2007.
- Todoi A., *Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales*, en Rodríguez Piñero M. y Hernández Bejarano M. (dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017.