

«A la caza» del «falso autónomo»: mejora de la acción inspectora contra el fraude y el «estrés financiero» de la Seguridad Social

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

EXTRACTO

La necesaria, y cada vez más urgente, modernización de las relaciones laborales pasa por la adaptación de su régimen jurídico a la transformación digital de nuestra era. Y en ese intenso y extenso proceso, en permanente ebullición y transición, queda ya de relieve que las fronteras, siempre difusas («grises»), entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, se muestran cada vez más líquidas. Un ámbito especialmente promotor de esa creciente dilución es el relativo a la «economía de las plataformas digitales», pero no es el único, en la medida en que otros enteros sectores económicos, tanto tradicionales (cárnico, por ejemplo) como modernos (aerolíneas *low cost*, como Ryanair), muestran análogas tendencias (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Tenerife de 7 de septiembre de 2018, autos 164/2017).

De la complejidad de todo ello, y de la necesidad de reformas legislativas, así como de nuevas experiencias convencionales (regulaciones colectivas), dan buena prueba las recientes iniciativas reguladoras en diversos países europeos (Italia, Francia, Dinamarca, etc.). Se trata con ello tanto de reducir la extremada conflictividad que se está desplegando en este momento al respecto cuanto de favorecer una mayor seguridad jurídica para usuarios, trabajadores y, por supuesto, para las empresas. La inseguridad y equivocidad de la situación se ilustraría por la proliferación de fallos judiciales, en todos los países europeos, incluido ahora también España, que había mantenido cierta «unidad interpretativa» crítica, que no alcanzan la misma conclusión (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, 284/2018, de 3 de septiembre). Pues bien, en España, el Gobierno, en vez de promover iniciativas adecuadas, que estén a la altura de la magnitud del problema, ha preferido realizar una pequeña reforma de carácter reglamentario y sentido procedimental (Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto), a fin de facilitar que el «cuerpo superior de policía laboral», la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pueda allanar cuantos obstáculos surjan a su paso para aflorar los «falsos autónomos». Con ello, no solo se mejorarían las cifras de lucha contra el fraude, sino que también se aliviaría, siquiera levemente, el «estrés financiero» del sistema de Seguridad Social, que en estos días anda también en estado grave o muy agudo.

De todo este, fascinante, aun confuso e inestable, panorama de actualidad laboral y social nos da cuenta este análisis, formulando una crónica crítica de tales movimientos. Todo ello en espera de respuestas normativas, convencionales y jurisprudenciales más ciertas.

Palabras clave: falsos autónomos; seguridad social; plataformas digitales; Ryanair.

Fecha de entrada: 25-09-2018 / Fecha de aceptación: 25-09-2018

On the hunt for the false self-employed: improving inspectorial action against fraud and financial stress in the Social Security

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

The necessary, and increasingly urgent, modernization of labor relations involves the adaptation of its legal regime to the digital transformation of our era. And in this intense and extensive process, in constant boiling and transition, it is already clear that the borders, always diffuse («gray»), between subordinate work and autonomous work, are increasingly liquid. One area that is especially responsible for this growing dilution is the one related to the «digital platform economy», but it is not the only one, insofar as other whole economic sectors, both traditional (meat, for example) and modern (low airlines cost, like Ryanair), show analogous tendencies (Judgment of the Court of the Social n. 1 of Tenerife of September 7, 2018, resources 164/2017).

The complexity of all this, and the need for legislative reforms, as well as new conventional experiences (collective regulations), give good proof of the recent regulatory initiatives in various European countries (Italy, France, Denmark, etc.). It deals with both reducing the extreme conflict that is unfolding at this time in this regard as to promote greater legal security for users, workers and, of course, for companies. The insecurity and equivocity of the situation would be illustrated by the proliferation of judicial rulings, in all European countries, including now also Spain, which had maintained a certain critical «interpretative unity», which do not reach the same conclusion (Judgment of the Social Court n. 39 of Madrid, 284/2018, of September 3). Well, in Spain, the Government, instead of promoting appropriate initiatives that are up to the magnitude of the problem, has preferred to make a small reform of a regulatory nature and procedural sense (Royal Decree 997/2018, of August 3), in order to facilitate that the «superior body of labor police», the Labor and Social Security Inspectorate, can clear up any obstacles that may arise in its wake to bring out the «false self-employed workers». This would not only improve the anti-fraud figures, but would also alleviate, even slightly, the «financial stress» of the Social Security system, which in these days is also in serious or very acute condition.

Of all this, fascinating, still confused and unstable, current panorama of labor and social this analysis gives us account, formulating a critical chronicle of such movements. All this waiting for more certain normative, conventional and jurisprudential responses.

Keywords: false self-employed; social security; digital platforms; Ryanair.

Sumario

1. Introducción: ¿una reforma menor para un problema mayor?
2. El contexto: la creciente sofisticación de las prácticas de «ingeniería contractual» para «eludir» la relación laboral –y la cotización–
 - 2.1. Ruptura de la inicial unidad interpretativa judicial: ¿los repartidores de Glovo son verdaderos autónomos dependientes y los de Deliveroo son falsos autónomos?
 - 2.2. Más allá de las plataformas digitales: ¿la doctrina judicial cerca también el «modelo de relaciones laborales *low cost*» de la empresa Ryanair?
3. El alcance concreto de la reforma reglamentaria española: en pro de un procedimiento inspector más eficaz
4. Conclusión: una reforma procedimental de eficacia, quizás necesaria, pero sin duda insuficiente

Referencias bibliográficas

QUINO¹

1. INTRODUCCIÓN: ¿UNA REFORMA MENOR PARA UN PROBLEMA MAYOR?

Entre los principales aspectos de actualidad jurídica en el mundo sociolaboral habría dos que destacarían por encima de los demás. Uno, netamente laboral, aúna tanto el objetivo de la modernización de las relaciones laborales ante la gran transformación de nuestro tiempo, la revolución digital, cuanto otro tanto o más constante que aquel relativo a la adaptación al cambio tecnológico de cada momento histórico, el relativo a la lucha contra la infinita fantasía creativa de prácticas fraudulentas, propio del código genético mismo del derecho del trabajo. Desde esta doble perspectiva, difícil de separar en un buen número de casos, y superada ya la fase de seducción inherente a la denominación original de aquellos procesos que subyacían a la impropriadamente llamada «economía colaborativa», con su gran señuelo de interacción de la figura del consumidor con la del productor y sus sinergias cooperativas y de solidaridad, el actual debate sobre la «economía de plataformas digitales» vuelve a situar en el centro de la política reguladora jurídico-laboral la célebre cuestión de las «zonas grises», es decir, somete a prueba de resistencia-innovación la delimitación de las fronteras, cada vez más difusas, entre «el trabajo asalariado» y el «trabajo autónomo». Una compleja y polémica delimitación que, de nuevo protagonizada por la doctrina judicial, a la luz de una copiosa y ampliada jurisprudencia social, favoreciendo una reconfiguración «a golpe de sentencia», evidenciaría sus limitaciones, llamando a una acción directa de las fuentes de regulación principales: legislación y, cómo no, negociación colectiva².

¹ Quino. (2009). *El mundo de Mafalda*. Barcelona: Lumen.

² A modo de experiencia, y dejando de lado sus críticas, así como sus limitaciones para el modelo español de relaciones laborales, es de interés la firma –abril 2018– y entrada en vigor –agosto de 2018– del primer convenio en el ámbito de la *gig economy* o economía de plataformas digitales. Se trata de Hilfr.dk, una empresa danesa dedicada a poner en contacto a personal de limpieza (450 proveedores) y usuarios (1.700), que alcanzó un acuerdo pionero con 3F, el principal sindicato del país escandinavo, rubricado incluso con presencia institucional (Primer Ministro danés). *Vid.* la información sobre esta plataforma, que se tiene por «socialmente responsable», y el acuerdo en <<https://lo.dk/en/historic-agreement-digital-platform-concludes-collective-agreement/>> (consultado el 25 de septiembre de 2018).

El otro, eminentemente de seguridad social y alcance financiero, también prestacional, es el igualmente omnipresente, y cacareado, de la «crisis financiera» del sistema de pensiones públicas, también real (en parte) o (en parte) pretendida. Asistimos un día sí y el otro también a la difusión de noticias alarmantes, de modo que ante la evidente perpetuación de su déficit, por los mayores gastos que ingresos, situándose en este año cercano a los 20.000 millones de euros, el Gobierno no tendría más remedio, se dice, que acudir a una medida que pretendía eludir: el [uso del fondo de reserva de la Seguridad Social, ya casi secado, para pagar la «nómina extra» de pensiones de diciembre](#). Ante la «nueva factura histórica» de las pensiones, el «nuevo Gobierno» utilizará la misma fórmula que el anterior, y que tanto había criticado aquel: la «hucha» (en la que ya solo quedan 8.000 millones de los 74.000 que llegó a tener y que seguramente quedará con una pírrica cantidad tras este nuevo recurso). Aunque no es esta la «receta» para la solución de este problema, que exige una reforma estructural del sistema para asegurar que dispone de los ingresos que necesita, careciendo el sistema español de un problema de gasto, las «soluciones» parecen ser siempre las mismas, las de urgencia y la que menos intervención legislativa genere, ante la falta de consenso.

Pues bien, en plena ebullición de ambas cuestiones, de las que participaría el problema de la mejor regulación jurídico-laboral de los modelos de negocio asentados sobre el uso de plataformas digitales («economía de demanda masiva» –*gig economy*–) para proveer servicios a través de una red de relaciones de trabajo (real o pretendidamente) autónomo, en un contexto de innovadoras, aún polémicas, iniciativas normativas en diversos países europeos (Italia, Francia)³, el Consejo de Ministros aprobó el [Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto](#), que modifica el [Real Decreto 84/1996, de 26 de enero](#) (Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social). La reforma normativa tiene una finalidad clara: facilitar la labor inspectora, removiendo los obstáculos creados para garantizar la afiliación en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) de los «falsos autónomos». Por tanto, se trata de incluir un «pequeño» cambio reglamentario en el «procedimiento de alta de oficio» para desactivar o neutralizar las prácticas de obstrucción empresarial a la labor inspectora.

2. EL CONTEXTO: LA CRECIENTE SOFISTICACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE «INGENIERÍA CONTRACTUAL» PARA «ELUDIR» LA RELACIÓN LABORAL –Y LA COTIZACIÓN–

2.1. RUPTURA DE LA INICIAL UNIDAD INTERPRETATIVA JUDICIAL: ¿LOS REPARTIDORES DE GLOVO SON VERDADEROS AUTÓNOMOS DEPENDIENTES Y LOS DE DELIVEROO SON FALSOS AUTÓNOMOS?

Si la experiencia, no solo actual, sino constante en la historia jurídico-laboral, algo nos enseña de forma inequívoca es el favor del mundo económico-empresarial por la invención, sea lícita o ilícita, de prácticas cada vez más sofisticadas de «ingeniería jurídico-contractual» para eludir

³ Vid. Rojo Torrecilla, E. (2018a y b).

—no digo necesariamente defraudar— la relación laboral, en la medida en que la otra alternativa de prestación de servicios, la de trabajo autónomo, en sus diversas formas, tendría ventajas o utilidades (mayor flexibilidad y menores costes —incluidos de forma predominante los de seguridad social—). Por eso, a más se afana ese cuerpo de élite de la «policía laboral» que es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —ITSS— en la deconstrucción y el desvelado de las formas de ingeniería jurídico-contractual que considera lesivas de los derechos de los trabajadores, encontrando a menudo el aval judicial, más se esfuerzan los «laboratorios de innovación organizativa» de las empresas por ofrecer nuevos modelos prestacionales, jurídico-económicos, que favorezcan la imagen de autonomía, real o pretendida. El problema no es de mera (grosera o sutil) «obstrucción empresarial», sino de innovación organizativo-contractual, que hace cada vez más difícil la delimitación, renovando y complicando el clásico desafío de las «zonas grises» de las relaciones de trabajo, a medio camino entre la innovación y el fraude, sin que las fronteras sean fáciles de trazar, por líquidas y móviles, como la sociedad de nuestro tiempo⁴.

Un reciente ejemplo así lo evidenciaría. En efecto, anda en estos días muy revuelta, e incluso contrariada, la doctrina científica jurídico-laboral mayoritaria porque una sentencia de instancia social (Sentencia del Juzgado de lo Social —SJS— núm. 39 de Madrid, 284/2018, de 3 de septiembre), habría quebrado la inicial «comunidad interpretativa» judicial creada en torno a estos nuevos modelos de negocio, que aúnan modernidad (digitalización) con tradición (vehículos a motor, también «a pedales»). Si las —muy pocas— sentencias dictadas hasta el momento habían concluido que los repartidores de plataformas digitales como Uber Eats o Deliveroo son «falsos autónomos» y auténticos «peones digitales» (precarios digitales), con una línea de argumentación análoga a la de otras experiencias judiciales, la referida considera que los de Glovo serían verdaderos «autónomos económicamente dependientes».

Juzga la mayoría de la doctrina científica, lanzada con tanto primor como premura a su detenido comentario, que esta sentencia, a diferencia de las de Valencia (SJS núm. 6 de Valencia, 244/2018, de 1 de junio) o Barcelona (SJS núm. 11, 213/2018, de 29 de mayo)⁵, incurriría en craso error al no aplicar adecuadamente la jurisprudencia social expansiva (2017-2018), que ni cita. Constituiría, así, frente a la actual posición dominante garantista, de favor hacia el trabajador, una línea de política judicial del derecho favorable a los intereses empresariales, con lo que, a las deficiencias de técnica jurídica a la hora de evaluar los criterios de la laboralidad sumaría la debilidad político-jurídica, por avalar la precariedad laboral en este tipo de modelos de relaciones laborales, claramente expansivos. Sin entrar ahora, porque no es mi propósito, en un estudio detallado de esta sentencia, ni en un plano (técnico) ni en otro (político-jurídico), pues tiempo y oportunidad habrá de hacerlo más adelante, sí conviene dejar clara constancia de esta singularidad, así como de la necesidad de promover estudios mucho más profundos y afinados por parte de la doctrina laboralista, de modo que no terminemos identificando todas las situaciones con una misma realidad, simplificando la complejidad, ni en una orientación —garantista a secas— ni en otra —liberal a ultranza—.

⁴ Vid. Bauman (2012).

⁵ Vid. Álvarez (2018).

Desde luego el conflicto jurídico-institucional está servido y está muy lejos de decirse la última palabra, al contrario, la andadura jurisprudencial no ha hecho sino empezar, con una complejidad y diversidad que también se está produciendo en otros países europeos (Francia, Italia). Al respecto, bien conocido es que, apenas un par de meses antes, la ITSS de Zaragoza finalizó su labor inspectora, dentro de un plan de acción coordinada a nivel nacional, y en la ya referida línea más general de política orientada a luchar contra la «explotación laboral» y por «el trabajo digno» (para la polémica sobre el «nombre de la rosa», esto es, del plan, remito al magnífico [editorial de este número](#)⁶, a cargo de la profesora Miñarro), sobre la actividad de la empresa Glovo en dicha ciudad. Tras casi un año de esforzado y cuidado trabajo llegó a la conclusión de que 326 trabajadores de esta empresa eran «falsos autónomos», debiéndose dar de alta en el RGSS, con sus consiguientes efectos, entre ellos, el pago de casi 400.000 euros en cuotas sociales. En el acta levantada, según los medios de comunicación aragoneses, la ITSS constató la existencia de numerosos indicios del carácter laboral de la relación, por lo que, a pesar de las trabas puestas por la empresa (hubo acta de obstrucción por incumplimiento del deber de colaboración informativa), finalmente prosperó la actuación inspectora, con sanción administrativa que, en estos momentos, está recurrida judicialmente. No cabe duda de que la defensa o abogacía de empresa hallará en la sentencia madrileña mencionada útiles argumentos para oponerse a la referida actuación administrativa.

Es muy interesante comparar el acta de la ITSS de Zaragoza –[parcialmente transcrita en la prensa aragonesa](#)– con los hechos y fundamentos de la sentencia madrileña citada, porque evidencia cómo hechos análogos son objeto de valoraciones muy diferentes, opuestas incluso. Donde la geolocalización es criterio de subordinación, a juicio de la ITSS, no lo es para la juez de lo social; donde no hay poder de dirección, en su vertiente ni organizativa ni de control, para la juez, por existir una notable autonomía organizativa y de prestación, se divisa un claro poder de control para la ITSS. Donde un nuevo sistema de evaluación de la calidad de prestación del servicio, como es la valoración de los clientes de la reputación profesional, emerge como típica manifestación del poder de vigilancia y sanción, para la ITSS, se trataría tan solo de un sistema de incentivos (evoca la vieja potestad premial) para la juez social⁷, como lo ha sido también para una sentencia dictada por el Tribunal de Trabajo de Milán el 10 de septiembre de 2018.

Se entiende, así, que la doctrina científica esté tan disgustada con la sentencia (para un análisis de este sistema de evaluación de la calidad prestacional laboral remitimos al [estudio, en este mismo número, del profesor Todolí](#)⁸, muy crítico con esta sentencia, que ignora esa instrumen-

⁶ Vid. Miñarro (2018).

⁷ El repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero esto no equivale a sancionar al menos puntuado, ya que premiar a unos trabajadores por la superior calidad o cantidad de trabajo no equivale a castigar a los demás, siempre que se le sigan entrando pedidos y pueda seguir trabajando con normalidad, como así sucedía. El hecho de que se acumulen más puntos por prestar servicios en horas de mayor demanda (horas diamante) no es una sanción sino un incentivo, no debiéndose confundir un concepto con otro. (Fundamento de Derecho quinto.3 SJS núm. 39 de Madrid, 284/2018).

⁸ Vid. Todolí (2018).

tación sancionadora de la técnica de los *ranking* de reputación prestacional), y, en cambio, tan satisfecho el sector de estas empresas, como dice una alta directiva de Glovo: «En Glovo hemos confiado desde el inicio en la legalidad de nuestro modelo y su viabilidad (...)».

Aunque esta cuestión excede nuestro análisis, no podemos dejar de mencionar, por su gran actualidad, cómo la sentencia referida espoleará las transacciones en el sector. Conocíamos hace unos días que Uber –que no solo piensa en desarrollar modelos de taxis «voladores», con o sin conductor «humano», etc., por lo tanto en modelos de relaciones laborales sin trabajador humano, ni asalariado ni autónomo– negocia, a través de su filial de reparto de comida –Uber Eats– [la compra de Deliveroo](#). En cualquier caso, al margen de la suerte de estos procesos económicos, también de los jurídicos, es manifiesto que estas empresas se irán reconfigurando «a golpe de sentencia», de modo que se irán revistiendo, hoy como ayer, de cada vez mucho más sofisticadas construcciones de ingeniería jurídico-contractual para eludir (artificialmente o no) la calificación de laboral.

2.2. MÁS ALLÁ DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: ¿LA DOCTRINA JUDICIAL CERCA TAMBIÉN EL «MODELO DE RELACIONES LABORALES LOW COST» DE LA EMPRESA RYANAIR?

Pero el problema ni nace con las plataformas digitales, pues es una constante histórica de las relaciones de trabajo y su derecho específico, ni se agota en ellas. Para no repetir ahora algunas experiencias recientes (p. ej., el sector cárnico y su abuso de la forma cooperativa de trabajo asociado), objeto de riguroso análisis en el [estudio del profesor Álvarez](#) (*op. cit.*), podría traerse a colación múltiples ejemplos distintos, tan pintorescos algunos como los relativos a los árbitros –no solo de fútbol–. Estos, calificados tradicionalmente por la jurisprudencia como trabajadores autónomos, presentan muchísimas semejanzas con las relaciones de trabajo, pues mientras la normativa federativa se afana en la creación de condiciones que aparentan ausencia de poder de dirección, en todas sus facetas, la realidad parecería mostrar lo contrario. También aquí se ha creado un marcado cisma entre la doctrina jurisprudencial, que niega la relación laboral, y la científica, que tiende a defenderla de forma mayoritaria, evidenciando la doctrina judicial más reciente las dificultades (p. ej., [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3383/2015, de 25 de mayo](#)).

Pero una complementación del catálogo o listado de reales o potenciales «falsos autónomos» de este tipo daría la impresión de tratarse de casos aislados, singulares o episódicos, desfigurando su carácter difuso –no digo que general– y estructural del sistema. Por eso, la más «rabiosa actualidad» sociolaboral nos regala otros ejemplos que ponen de relieve cómo hay sectores de actividad enteros que tienden a construirse sobre estas complejas estructuras de ingeniería jurídico-económicas y organizativo-contractuales. Lejos de ocupar un papel residual o de anomalía disfuncional, representaría el auténtico centro neurálgico o estratégico del modelo de relaciones del mismo, o, al menos, de algunas de sus empresas líderes y operativas en mercados globales. Sin ninguna duda, el (peor) prototipo es el de Ryanair, empresa que gestiona la mayor cuota del mercado *low cost* de transportes aéreos de pasajeros (a ese que aspira también Uber, pero con taxis

voladores). Una vez más, la actualidad judicial nos ofrece pistas inequívocas de esta instrumentación ingenieril de varios contratos al servicio del fin elusivo de la relación laboral para incrementar la flexibilidad (libertad de gestión) y reducir los costes (salariales y de seguridad social).

Al margen de los múltiples conflictos colectivos abiertos, en diferentes países, que dará lugar incluso a un pronunciamiento de la Audiencia Nacional española, destaca el asunto que acaba de resolver la [SJS núm. 1 de Tenerife de 7 de septiembre de 2018, autos 164/2017](#). En ella se estima la demanda de un expiloto de Ryanair, calificando la relación de laboral.

¿Por qué una sentencia de esta naturaleza, con su carácter individual y sobre asunto tan típico en el mundo laboral, [se difunde mediáticamente](#) como un ariete contra el modelo mismo de relaciones laborales de la empresa líder del sector? Pues porque no solo confirma que la jurisdicción competente es la propia de la base de operaciones, determinando también el derecho aplicable por ser la del lugar habitual de trabajo, quebrando la política empresarial de identificar ambas regulaciones con el derecho irlandés, sino que pone en cuestión otra de las medidas sistemáticas de organización y gestión de las relaciones de trabajo de la empresa: una parte importante de los trabajadores, pilotos y tripulantes de cabina, se contratan a través de relaciones indirectas de trabajo, esto es, mediante la externalización de sus contratos, que se realizan con terceras empresas (subcontratistas, empresas de trabajo temporal, etc.). Por lo tanto, además de calificar el aeropuerto de Tenerife como el lugar habitual de trabajo, aunque no tenga la empresa un domicilio social en él, la juez, entrando en el fondo tras declarar su competencia, en línea con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE –, constata que Ryanair realiza contratos simulados, por lo que se aprovecharía de cesiones ilegales de trabajadores.

En efecto, la contratación se produjo a través de una relación mercantil entre Ryanair y una sociedad instrumental, Bookfield Aviation International, que contrató formalmente al piloto. Además, facturaba por medio de otra sociedad irlandesa llamada Franylee, como le indicaron que debía hacerlo en el momento de empezar a trabajar, en el 2009. Pero esta relación mercantil –claramente perjudicial para el piloto, al obligarle a darse de alta como un trabajador autónomo– encubriría una relación laboral plena. En este caso Ryanair no asumió la posición empresarial que le correspondía y simularía un contrato entre Bookfield y el piloto para encubrir «un contrato efectivo de trabajo» con su capitán de vuelo. Se produciría una cesión ilegal de trabajadores. En consecuencia, aquí la «ingeniería jurídico-contractual» alcanza una máxima creatividad, que la justicia de instancia social habría neutralizado, pero ahora es el tiempo de la doctrina de duplicación social, que tendrá oportunidad de incidir de forma mucho más significativa en esta orientación crítica. En cualquier caso, y estando pendiente, como se ha dicho, en un contexto de máxima conflictividad –el 28 de septiembre hubo una huelga de los tripulantes de cabina de la empresa, convocada en España pero a la que se sumaron los trabajadores de otros países–, una sentencia de conflicto colectivo en la Audiencia Nacional, parece ya claro que la empresa no puede seguir configurándose y reconfigurándose «a golpe de sentencia» en los diferentes países (recientemente el Tribunal Supremo francés ha dictado una sentencia relevante que hará retornar a Ryanair a Marsella, de donde se retiró), sino que exige decisiones reguladoras más estructurales y estables, como serían las convencionales.

No se trata de dar más o menos importancia al nivel jurisdiccional que se pronuncia, porque antes o después terminará en los tribunales supremos nacionales, así como en el más alto nivel comunitario, como fue el caso de la [Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017 \(asuntos C-168 y C-169/2016, caso Ryanair y Crewlink\)](#), comentada por la profesora Miñarro en el número 416 de esta misma revista⁹. Lo que importa aquí reseñar es que, ante las dimensiones estratégicas y sistemáticas de estas nuevas realidades, solo las fuentes de producción jurídica, las leyes y los convenios colectivos, están en adecuadas condiciones de establecer un «justo equilibrio» entre las razones de empresa (mercado) y las propias de los trabajadores (personas).

3. EL ALCANCE CONCRETO DE LA REFORMA REGLAMENTARIA ESPAÑOLA: EN PRO DE UN PROCEDIMIENTO INSPECTOR MÁS EFICAZ

Lo crea así o no el legislador español, lo cierto es que, a diferencia del italiano, o del francés, por el momento, tendremos que conformarnos con una pequeña reforma normativa con una finalidad práctica muy concreta, como se apuntaba al inicio de este análisis. En efecto, al Gobierno español le preocupa ahora más lo urgente que lo importante, y se dirige de forma directa a corregir una mala práctica de obstrucción empresarial que se vendría produciendo en los procedimientos iniciados por la ITSS cuando, tras practicar la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS– las altas de oficio de los trabajadores en el Fichero General de Afiliación, las empresas, o los propios trabajadores, tramitaban la baja de esos mismos trabajadores y por esos mismos periodos a través del sistema de remisión electrónica de datos (RED). Por tanto, pese a la ampulosidad con que se difunde el plan del nuevo Gobierno para que centenares de miles de «falsos autónomos» recuperen su identidad de trabajadores asalariados, rescatando sus derechos perdidos, y de paso incrementando la recaudación de cuotas sociales (cuya necesidad es evidente ante el «estrés financiero» de la Seguridad Social), en realidad se trata de una reforma jurídica «menor», para la enorme magnitud del problema de fondo, y tiene una dimensión eminentemente procedimental y de gestión administrativa.

No obstante, siendo evidente para todos que se trata de dos reglas de procedimiento de gestión administrativa, tanto de inspección como de liquidación, de alcance normativo menor, los profesionales de la inspección tienden a valorarla de forma muy positiva por su «gran valor práctico», pues incrementaría la eficacia de la actuación inspectora de oficio para la promoción de altas y variaciones de trabajadores, desactivando los citados obstáculos que hoy existirían a tal fin (primacía del fin de la eficacia de gestión administrativa). Así:

- a) Serán preceptivos los informes de la ITSS para resolver las solicitudes de baja formuladas tras haberse practicado altas de oficio, respecto a los mismos trabajadores a instancia de la propia Inspección, pues hasta ahora eran potestativos.

⁹ Vid. Miñarro (2017).

El [artículo 31.3 del Real Decreto 84/1996](#), que se aprovecha para actualizarlo conforme a la nueva legislación en materia de procedimiento administrativo común, reza así:

En todo caso, las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social y las Administraciones de la Seguridad Social podrán solicitar de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de las demás Administraciones, en los términos establecidos en el artículo 141 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los informes precisos sobre la concurrencia de los hechos y demás circunstancias determinantes del alta, baja o variación de datos solicitada o practicada.

No obstante, la solicitud y emisión de dichos informes por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social resultará preceptiva en los procedimientos que resuelvan las solicitudes de baja relativas a trabajadores que hayan sido dados de alta de oficio a instancia de aquella.

El segundo párrafo incluye una cautela procedimental para evitar comunicaciones empresariales inmediatas de baja respecto de trabajadores en una situación de irregularidad, que habría motivado, precisamente, un alta de oficio por la ITSS. Al resultar ahora preceptivo el informe de la ITSS en la gestión de la baja hará ganar tiempo a la TGSS y, parece, seguridad. El [preámbulo de la norma reglamentaria](#) se muestra ufano por el respeto que asegura realizar del principio de proporcionalidad reguladora (el alcance de sus reformas es el imprescindible para la consecución del fin, mantiene «objetivos claramente definidos» y no adiciona «cargas administrativas a empresas y trabajadores»). Pero se ha reprochado, desde la propia experiencia inspectora, lo excesivo de la reforma al identificar los procedimientos afectados por esta exigencia administrativa, pues no pone límites, ni temporal ni material, a los procedimientos de oficio afectados, cuando de todos es sabido que muchos de ellos, bien por lo dilatado del tiempo desde que se promovió, bien por las vicisitudes por las que pudiera haber atravesado ya, resulta más que probable que resulte infructuoso. Por lo tanto, quizás pueda ser peor, en ciertas condiciones, la «cura» (por el riesgo de derivar en rigidez burocrática y sobrecarga de la tarea inspectora) que la «enfermedad» (ingeniería empresarial para evitar la eficacia de la acción).

- b) Las bajas y variaciones de datos (hechas por empresas o trabajadores) no producirán efectos ni extinguirán la obligación de cotizar por aquellas, cuando afecten a periodos de tiempo comprendidos en las actas de la ITSS que motivaron la tramitación del alta y variación de datos de oficio, por parte de la TGSS, respecto a los mismos trabajadores.

La segunda novedad se concreta en la una nueva regla del [artículo 35.7 del Real Decreto 84/1996](#) («efectos especiales de las altas y bajas de los trabajadores»):

Las solicitudes de baja y de variación de datos formuladas por las empresas y, en su caso, por los trabajadores, que afecten a periodos comprendidos en las actas ex-

tendidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que hayan dado lugar a procedimientos de alta o de variación de datos que estén siendo tramitados de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto a los mismos trabajadores, no producirán efectos ni extinguirán la obligación de cotizar hasta que dichos procedimientos finalicen.

Esta medida pareciera tener una mayor potencialidad desactivadora de las reacciones obstaculizadoras de las acciones inspectoras de altas de oficio de centenares de trabajadores considerados por la ITSS «falsos autónomos», tal y como se ha actualizado en ciertos sectores económicos no precisamente «digitales», sino tan analógicos como el sector cárnico. Se confía en el cambio procedimental para incrementar la eficacia del acto de reconocimiento de derechos económicos a los trabajadores, revalorizándolo frente a la actual infravaloración (por las empresas, gestores del sistema RED y los propios funcionarios de la Seguridad Social y de la ITSS). La exposición de motivos clarifica su fin:

La experiencia en la gestión de las (...) variaciones de datos practicadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social cuando se comprueba el incumplimiento de la obligación de comunicarlas (...) como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, determina la necesidad de garantizar que tales procedimientos tramitados de oficio puedan instruirse hasta su resolución en firme, sin verse obstruidos o afectados por actuaciones que pretendan distorsionarlos.

En otros términos, si la ITSS comunica una variación contractual (p. ej., incremento del coeficiente de parcialidad del mismo, conversión a tiempo completo *ex art.* 12 Estatuto de los Trabajadores), tras las verificaciones oportunas, esta variación tendrá efecto inmediato a los de cotización, sin que la empresa pueda, en virtud de su autorizado RED, reconfigurar la situación contractual para que queden desvanecidas aquellas propuestas inspectoras. Lo mismo sucederá con la promoción de cambios en la naturaleza del vínculo de empleo, pasando de mercantil a laboral. En otro caso, de reconocerse este actuar novatorio empresarial sin más, se desvanecerían «los efectos de futuro de la regularización inspectora» (Martínez, 2018).

Ahora bien, como se ha evidenciado, la redacción técnica de la norma hace dudar de la plenitud de esa finalidad de mejora de la eficacia administrativa, por el enrevesamiento hermenéutico o interpretativo que envuelve el tenor literal. El problema principal surgiría para las propuestas de un número significativo de altas de oficio, precisamente las que hoy tratarían de promoverse, a través de las diferentes iniciativas en empresas que usan sistemáticamente «falsos autónomos», porque son las que requieren una tramitación por la TGSS más dilatada, como garantía de eficacia y como garantía para el administrado. Por lo tanto, parece suceder con frecuencia que durante este tiempo se cursa la baja del trabajador antes de haberse materializado su alta de oficio. Por lo tanto, la referencia normativa para promover la mayor eficacia del actuar inspector hubiera debido ser todo el periodo incluido «en las propuestas de oficio de la ITSS», no ya solo los «incluidos en las actas», pues de este modo se desnaturalizaría «la finali-

dad de la reforma», al tiempo que se orillarían otros instrumentos ya previstos para garantizar el cumplimiento de la normativa, igual o más eficaz que aquel (p. ej. requerimiento de ingreso de cuotas del [art. 34 Ley General de la Seguridad Social](#)). En conclusión, la reforma procedimental se revelaría positiva en su fin, pero más deficiente en su formalización técnica, de modo que, sin perjuicio de reconocer la dificultad de gestión de estos expedientes de oficio cuando su número es relevante: «(...) se tendría que haber intentado una redacción que no ofreciera dudas sobre la intención del precepto y no abriera posibilidades de interpretaciones particulares futuras sobre supuestos de hecho no incluidos en la transcripción escrita del precepto modificado» (Martínez, 2018).

4. CONCLUSIÓN: UNA REFORMA PROCEDIMENTAL DE EFICACIA, QUIZÁS NECESARIA, PERO SIN DUDA INSUFICIENTE

Es manifiesto que esta (pequeña) reforma reglamentaria (de alcance procedimental), dirigida a la mejora de la eficacia del actuar inspector por encima de la libertad de gestión empresarial, evitando maniobras elusivas de aquel, se inserta de lleno en el plan de lucha del nuevo Gobierno contra el fraude («la explotación laboral» o la precariedad laboral), o a favor del cumplimiento de las garantías laborales y de seguridad social (según se quiera mirar más positivamente, que el nombre aquí de la cosa ha sido relevante políticamente). Y valorada en el contexto socioeconómico y cultural actual, proclive a su elusión, resulta no solo oportuna, sino necesaria. Ahora bien, no menos evidente es su insuficiencia.

El citado [Plan Director por un Trabajo Digno](#) parece referir al carácter emergente o «creciente» del problema de los «falsos autónomos» en el mercado laboral, ignorando que se trata de una realidad constante, al otorgar una especial significación al trabajo por mor de las plataformas digitales. Aunque las cifras de prevalencia sean difíciles de estimar hoy como ayer, resultando absolutamente evanescentes las referencias –las cifras de la EPA no ofrecen ni un elemento de trascendencia, pues sin duda subestiman los porcentajes actuales, sin que dé información alguna sobre su evolución en el tiempo–, sí quedaría suficientemente claro que no es razonable identificar toda manifestación de trabajo autónomo asociada a la actual transformación digital con el fraude («falsos autónomos»), ni tan siquiera con esos «trabajadores en la niebla» que son los «autónomos dependientes» ([art. 11 Estatuto del trabajo autónomo](#)). Tampoco aquí debemos dejar que los árboles más notorios o célebres nos impidan ver todo el bosque.

Me parece que en esta idea podrían converger sindicatos y patronales en este sector, promoviendo el mejor modo de regular equilibradamente todo este conjunto de nuevos, y viejos, modelos de organización del trabajo: la autonomía colectiva. Una vía pactada que sirve también para otros sectores de la nueva economía, incluso *low cost*, en los términos en que ya se está evidenciando, cierto que «a golpe de sentencia» y de «conflicto colectivo», en Ryanair, que más pronto que tarde tendrá que reconocer de forma efectiva y dar palabra reguladora a los trabajadores y

sus representaciones¹⁰. Del mismo modo que no considero lo más adecuado acudir a viejos alegatos, basados en las pretendidas bondades para la mayor parte de este tipo de trabajadores derivadas de estar «fuera de convenio», pues ganarían más y tendrían más «flexibilidad» (para su ocio, para su responsabilidad familiar, para realizar otros trabajos), como se defiende desde el sector de la abogacía de empresas (digitales, *low cost*), orillando todo problema de devaluación de condiciones de trabajo y de vida, tampoco creo en los argumentos de quienes «condenan» de forma apriorística toda forma de prestación de este tipo, por revelarse, en su sustancia profunda, un fraude. Ciertamente, hay casos, numerosos, que sí responderán al modelo de defraudación, pero no en muchos otros, por lo que confiar la ordenación de estos (múltiples sectores) a cada sentencia o a cada actuar inspector, aunque se dificulten las maniobras de obstrucción, incluso de ingeniería jurídico-contractual, será la menos práctica de las soluciones. Legislador y, sobre todo, negociación colectiva, en línea con lo que ya se está produciendo en otros países, son los constitucionalmente llamados y elegidos.

Por supuesto, las decisiones judiciales no cesarán, a este y al otro lado del Atlántico, con las más diversas pretensiones a partir del reconocimiento del carácter laboral¹¹, y seguro que la mayoría jurisprudencial terminará decantándose por el carácter laboral, porque llegarán los casos más evidentes, al menos por lo general. Pero ni tendrá una influencia directa en los miles de casos existentes ni impedirá que las empresas adopten un enfoque camaleónico, de modo que a cada revés judicial adoptarán una estrategia de novación organizativa que exigirá, a su vez, nuevas demandas, individuales y colectivas. En cambio, mayor impacto, económico y social, tendrá una iniciativa normativa, en la línea, más que la reglamentaria –y de muy dudosa constitucionalidad– italiana, de la ley francesa, relativa a la configuración de una suerte de nuevo derecho a la libertad real de elección del futuro profesional para todas las personas, que se aprobó en agosto de 2018. El artículo 40 bis introduce, en el capítulo II del título IV del libro III de la parte VII del Código del Trabajo, la siguiente modificación (art. L. 7342-1)¹²:

Como tal, la plataforma puede establecer una carta que determine las condiciones y procedimientos para el ejercicio de su responsabilidad social, definiendo sus derechos y obligaciones, así como los de los trabajadores con los que se relaciona. Esta carta, que recuerda las disposiciones de este capítulo, especifica en particular: (...).

Sin entrar ahora a analizar sus principales contenidos (relativos a la prevención de los riesgos profesionales, a la mejora negociada de la protección social, a la formación profesional, etc.), incluso la solemnidad –típica pomposidad francesa, como la ley sobre el «derecho a la desco-

¹⁰ Vid. Vandaele (2018).

¹¹ Para la pretensión de prestaciones por desempleo, que termina reconociéndoseles, vid. la [Decisión del Unemployment Insurance Appeal Board de Nueva York, de 12 de julio de 2018](#).

¹² Vid. Rojo (2018b), *op. cit.*

nexión digital»–, sí merece la pena reseñar que se incorporan modificaciones de relieve para un ensayo de regulación legislativa, a su vez promocional de protecciones colectivas, típicamente transaccional de la prestación de servicios para las empresas de la economía de plataformas digitales. La ley no califica la relación de laboral en sentido estricto (la «carta de condiciones» de contratación se publica en la página web de la plataforma y se adjunta a los contratos o condiciones generales de uso que la vinculan a los trabajadores, y no puede determinar la caracterización como trabajo jurídicamente subordinado), lo que ha motivado la crítica sindical, ni garantiza que ese estatuto de derechos laborales se fije realmente, menos su uniformidad. Pero sí busca fomentar un estatuto efectivo de condiciones –ocupacionales, laborales y sociales– que haga más «digno» el trabajo en plataformas, de modo que vendría a ser una moderna manifestación del conocido –y criticado– paradigma de la flexiseguridad.

Esta vía de mayor seguridad jurídica, que condiciona, pero no desvanece, la flexibilidad organizativa ha hallado adhesión en las empresas del sector, que ven en este afán legislativo una forma de legitimación social de las plataformas, cuya imagen hoy está –con razón– muy deteriorada, sin perder una sustancial libertad organizativa. Antes al contrario, las principales empresas del sector impulsan una férrea campaña para presionar a los respectivos Gobiernos a adherirse a una iniciativa de este tipo, basada en los celeberrimos «códigos de conducta» interna (responsabilidad social). La práctica totalidad de las plataformas digitales se han apresurado a mostrar su conformidad con el modelo normativo *ad hoc* o específico, [adaptado «a la revolución digital, que permita aportar seguridad jurídica a todos los actores relacionados con los nuevos servicios de reparto apoyados en plataformas digitales»](#). Con este modelo cartista de condiciones de empleo y de trabajo o de «códigos internos de conducta» no solo se incrementaría la seguridad jurídica para todos, por cuanto las reglas de juego se fijarían de forma autónomamente pactada, dando transparencia y previsibilidad, con un mínimo de protección sociolaboral, evitando la «criminalización» del sector (vigilado permanentemente por la ITSS y bajo sospecha continua) y la «judicialización» consiguiente, perjudicial para todos.

No es este ni el momento ni el lugar para ir más allá en el análisis. Solo resta realizar una advertencia final, como siempre, de doble sentido. De un lado, es necesario no dejarse seducir sin más por el «canto de sirena» que suele provenir del otro lado de los Pirineos. No es la primera vez que el esnobismo francés lleva a hacer pasar como nuevo derecho lo que carece de auténtica novedad (piénsese en el famoso derecho a la desconexión digital, que no supone más que una manera moderna de denominar un viejo derecho, el relativo al descanso efectivo y con autodeterminación real de la persona), incluso de un contenido realmente garantista. En este sentido, España ya ha conocido este tipo de simulacros reguladores, como sucedió con el fallido «estatuto del trabajador autónomo económicamente dependiente», prototipo básico de la legión de «trabajadores en la niebla», más cuanto más viven en la «nube» las empresas, así como con el modelo de acuerdos de interés profesional. En última instancia, la nueva reforma legal francesa no hace sino agilizar la creación de la vieja figura del *auto-entrepreneur* (autoempleado, autoempleador o «microempresario»). De nuevo [Francia muestra más su rostro liberal](#) que el social. De otro, y de signo opuesto, también sería pernicioso creer en que «a golpe» de sentencia y/o de actuar inspector se puede normalizar el desafío digital.

En definitiva, una vez más con ese pozo de permanente sabiduría vital que representa la filosofía de Mafalda, convendría evitar que lo urgente (ese identificar y taponar el escape de «gas» –aquí las formas de huida fraudulenta del derecho del trabajo–) no deje en la recámara lo importante (la búsqueda de la «identidad nacional» –aquí la delimitación estable y cierta, en lo posible, de las fronteras entre el trabajo autónomo y el subordinado–). Ciertamente, la falta de una consistente mayoría parlamentaria hace difícil que ese empeño regulador se afronte de la forma adecuada en esta legislatura; tampoco la autonomía colectiva parece en condiciones, en este momento, de alcanzar un acuerdo. Veremos si la pronta nueva sentencia española, la de la Audiencia Nacional, dictada en procedimiento de conflicto colectivo, impulsa soluciones más transaccionales y colectivas. Pero, en cualquier caso, insistimos, son la ley y los convenios los llamados y elegidos para afrontar lo esencial de estos desafíos de modernización, a veces contradichos con formas que dejan la evolución a la espalda (extraña que el mundo digital se asiente sobre pedales), siempre con una única y misma finalidad reguladora: favorecer, incluso garantizar, transiciones justas desde el mundo analógico al digital, porque las necesidades de protección pueden variar en sus formas, en sus existencias, pero no en su sustancia.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Montero, A. (2018). «Yacimientos de falsos autónomos» más allá de las plataformas digitales: ramificaciones de un arraigado problema. *RTSS.CEF*, 424, 113-132.
- Bauman, Z. (2012). *Vida líquida*. Barcelona: Paidós.
- Martínez Aso, M. (2018). Breve comentario a la modificación del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social. Habla la inspectora, y profesora, Mercedes Martínez Aso. <www.eduardorojotorrecilla.es> (06-09-2018). Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/09/breve-comentario-la-modificacion-del-rd.html>> (consultado el 25 de septiembre de 2018).
- Miñarro Yanini, M. (2017). Contrato internacional de trabajo y «expatriados» de Ryanair: ¿Cuál es el «lugar habitual de trabajo»? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2017 (asuntos C-168 y C-169/2016). *RTSS.CEF*, 416, 169-178.
- Miñarro Yanini, M. (2018). «Excelencia económica» e inmigración femenina: la «explotación» de temporeras del «oro rojo». *RTSS.CEF*, 427, 5-15.
- Rojo Torrecilla, E. (2018a). Más sobre falsos autónomos. Lecturas recomendadas y una nota sobre los conductores de UBER que son trabajadores y tienen derecho a la protección por desempleo... en Nueva York (a propósito de la decisión del Unemployment Insurance Appeal Board de 12 de julio de 2018). <www.eduardorojotorrecilla.es> (23-07-2018). Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/07/mas-sobre-falsos-autonomos-lecturas.html>> (consultado el 25 de septiembre de 2018).

- Royo Torrecilla, E. (2018b). La normativa francesa sobre la actividad de las plataformas de servicios y la relación jurídica con los prestadores de actividad para ellas. <www.eduardorojotorrecilla.es> (01-08-2018). Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/la-normativa-francesa-sobre-la.html>> (consultado el 25 de septiembre de 2018).
- Todolí Signes, A. (2018). [La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación *online* y protección de datos](#). *RTSS.CEF*, 427, 63-90.
- Vandaele, K. (2018). *Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe*. Brussels: ETUI.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0