

¿Adiós a la marginación de la persona trabajadora autónoma del derecho social?: razones de protección más allá de la falsa autonomía

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>*

No te rindas, aún estás a tiempo
de alcanzar y comenzar de nuevo,
aceptar tus sombras, enterrar tus miedos,
liberar el lastre, retomar el vuelo [...].

M. Benedetti («No te rindas»)

1. Hacia un trabajo autónomo de calidad que se equipare a los derechos laborales del asalariado: ¿derechos en serio o ensoñación de la Estrategia nacional de impulso del trabajo autónomo? Cuando las estrategias y normas se marcan promover «trabajo de calidad», tendemos a pensar en el empleo asalariado. Sin embargo, la [Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo \(LE\)](#), también incluye, cierto que con menor intensidad y mayor vaguedad, el empleo autónomo. De ahí que el «nuevo» marco legal, menos innovador de lo que se dice (este número incluye un [estudio completo de la profesora Pilar Conde](#)) y, desde luego, bastante menos de lo deseable para corregir las deficiencias de nuestro mercado de trabajo y de sus políticas activas (*vid.* la [Orden TES/1077/2023, de 28 de septiembre](#), por la que se establecen, en el ámbito competencial del Servicio Público de Empleo Estatal, las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la financiación de programas de políticas activas de empleo previstos en el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo), incluya, como «servicio garantizado» para la mejora del acceso a un «(auto)empleo decente y de calidad» de las personas demandantes de servicios de empleo, entre otros, la elaboración de un «plan personalizado» relativo al «autoempleo con garantías» ([art. 56.1 LE](#)), sea autónomo, sea de economía social.

Más allá de lo loable de los objetivos y la grandilocuencia de las palabras, nada hay en ese nuevo marco legislativo suficientemente confiable como para mejorar la, hoy mermada, eficacia de las políticas de promoción del trabajo autónomo de calidad. Así se desprende del [IV Estudio nacional del trabajo autónomo](#) (ENA).

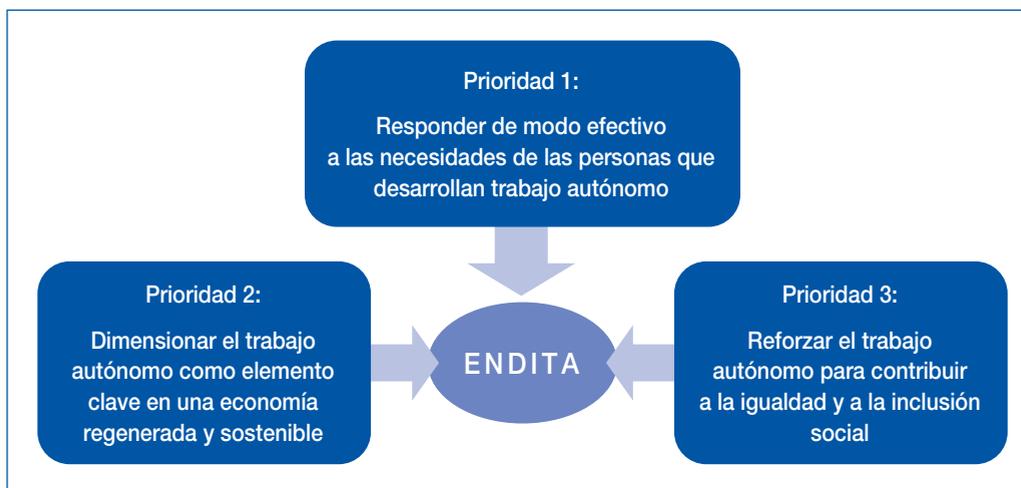
Conforme a este solvente estudio, nada menos que 7 de cada 10 (70 %) personas trabajadoras autónomas consideran que no se hallan protegidas laboral y socialmente. Según la nueva Encuesta de población activa, en el primer trimestre del año 2023 se identificaron más de 130.000 personas que deberían ser asalariadas

7 de cada 10 (70%) personas trabajadoras autónomas consideran que no se hallan protegidas laboral y socialmente

(«gozan» de falsa autonomía), un porcentaje reducido del total (apenas un 6 %), pero no insignificante, si bien algo inferior al año anterior (unas 163.000 personas). La más cotidiana experiencia judicial y la constante práctica inspectora acredita la persistencia de este problema, más allá del (recurrente –y cansino–) trabajo en plataformas (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [\[STSJ\] de Cataluña 4103/2023, de 28 de junio](#), para la falsa autonomía en otro yacimiento clásico a tal fin: el trabajo médico pretendidamente liberal en clínicas privadas –precedentes, a favor y en contra de la laboralidad, en la Sentencia del Tribunal Supremo [\[STS\] 33/2023, de 17 de enero–\). Y, respecto de las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes, por lo tanto, en una situación de vulnerabilidad comparable a la persona asalariada, se estimaron unas 129.000 en aquel primer trimestre del 2023 \(más de las 110.000 de 2022\). Sin embargo –nueva razón de infraprotección real–, muchas más de las solo 10.000 registradas, pese a ser obligatorio –aunque no automático, precisa de la acción empresarial principal–.](#)

En este deficitario escenario, nos parece de especial interés reseñar (ha pasado sin pena ni gloria para la gran mayoría de quienes analizan el mundo de las relaciones de trabajo y protección social) la publicación, por fin, nada menos que casi 1 año más tarde de su aprobación gubernamental, de la [Estrategia nacional de impulso del trabajo autónomo \(ENDITA\) 2022-2027](#). Por supuesto, no puedo aquí ni tan siquiera enumerar los múltiples aspectos de gran interés (una pena que la ciencia jurídica del trabajo tienda a ignorar estos documentos) que atesora esta estrategia. Solo me limitaré a extraer la idea fundamental sobre la que se edifica este (mi último) editorial y que tiene que ver con el deseo proclamado de reorientar nuestras leyes, nuestras instituciones y políticas «[h]acia la construcción de un trabajo autónomo de calidad». ¿Y qué significa tan solemne afirmación si carecemos hoy –incomprensible que la LE no lo incluya– de un índice de calidad de empleo? Lo dice sin ambages la [ENDITA](#): «El trabajo autónomo que se quiere [...] es un trabajo autónomo con derechos, un trabajo autónomo que, dentro de su especificidad, logre un nivel de protección laboral y social equiparable al de los trabajadores/as asalariados (prioridades 1 y 3)».

Gráfico. Prioridades de la ENDITA 2022-2027



2. Protección sociolaboral del trabajo autónomo clásico más allá de la eliminación de los (viejos y nuevos) yacimientos de «falsa autonomía» y del concepto comunitario expansivo (desbordado) de persona trabajadora asalariada. De este modo, desde el plano de la técnica de la planificación institucional (más programática que efectiva), se evidenciaría la necesidad de seguir avanzando y profundizar en una línea de política del derecho social que lleva décadas recorriéndose, sin duda algo lenta y erráticamente. No descubro nada muy original si señalo que una de las líneas más relevantes de evolución del derecho social es la progresiva inclusión, con un lejano y no completo horizonte de convergencia, del trabajo autónomo «clásico» (personas que prestan servicios de forma personal y habitual a cambio de una retribución y que no tienen personas contratadas, o en escaso número). Y ello en la medida en que las leyes que integran el derecho social (empleo, relación laboral, Seguridad Social, procesal, prevención de riesgos laborales, etc.) constatan razones análogas o asimiladas de protección jurídico-social, o, como hoy parece gustar más, análogas razones de vulnerabilidad socioeconómica.

Una de las líneas más relevantes de evolución del derecho social es la progresiva inclusión, con un lejano y no completo horizonte de convergencia, del trabajo autónomo «clásico»

Por supuesto, no me refiero a la vieja, hoy reactivada, lucha contra los múltiples yacimientos de falsa autonomía, aunque en los más modernos las fronteras resulten más grises y líquidas, esgrimiendo actuar más como mercados de trabajo abiertos o como agencias de colocación que como empleadoras de personas por cuenta ajena. De ahí la diversidad de opciones reguladoras en la Unión Europea (UE) y las dificultades que atraviesa

la [propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales](#), cuya falta de ambición reguladora es cada vez más evidente ante la resistencia de varios países y que la presidencia española de la Unión se ha comprometido a vencer. Aunque la laboralidad es ya orientación dominante en la doctrina judicial y jurisprudencial española, aunque no se trate de personas trabajadoras que realicen tareas de reparto (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 1345/2022, de 1 de marzo](#), para la relación de las cuidadoras en plataforma digitales, y Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 15 de Barcelona de 20 de junio de 2023, que utiliza los mismos argumentos para la laboralidad de las trabajadoras de la limpieza a través de plataformas).

Tampoco tengo ahora interés en otra tendencia, el creciente desbordamiento socioeconómico del concepto jurídico de persona trabajadora en el marco del derecho de la UE, por obra de su gran pretor, que dilata cada vez más las fronteras del concepto comunitario de persona trabajadora. Nada baladí en la práctica del derecho social de la UE, porque tal concepto ampliado es el presupuesto de un número creciente de directivas

El desbordamiento socioeconómico del concepto jurídico de persona trabajadora en el marco del derecho de la UE es el presupuesto de un número creciente de directivas

de gran relevancia para la transformación de los ordenamientos jurídico-laborales internos –por ejemplo, [Directiva \(UE\) 2019/1152](#), sobre condiciones laborales transparentes y previsibles de la Unión Europea, o [Directiva \(UE\) 2019/1158](#), relativa a la conciliación de la vida laboral y familiar, parcialmente traspuesta en nuestro país, con más pena que gloria, por el muy mejorable técnica y políticamente [RDL 5/2023, de 28 de junio](#)–. Sería el caso de la llamativa Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 5 de mayo de 2022 \(asunto C-101/21\)](#)), traída tangencialmente por la [STS 731/2022, de 14 de septiembre](#) (concepto de persona trabajadora a los efectos de la competencia del orden social en accidentes de trabajo), que tiene cierto interés para el hilo conductor de este editorial, como luego se explicará, brevemente, por supuesto.

No me resisto a un sucinto recordatorio, que no es vacuo, porque ayuda a entender el singular proceder del TJUE al aplicar las normas comunitarias con efecto útil (tuitivo): el presidente del consejo de administración y director de la empresa, en una situación de insolvencia en la que ha tenido bastante que ver, termina beneficiándose de la protección del sistema de garantías salariales para las personas trabajadoras perjudicadas por tan mala gestión. Así es de empático con las causas de las zonas grises, a veces, el TJUE. Aunque su empatía puede llevar a importantes revisiones en el derecho interno si llega a un oído judicial presto a maximizar el dictado pretoriano europeo. Así puede suceder con el [artículo 136.2 c\) de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) (asimila a quienes integran los consejos de administración de sociedades al régimen general de la Seguridad Social –RGSS– cuando su cargo conlleva funciones de dirección y gerencia, excluyéndoles de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial). ¿A la vista de la [STJUE de 5 de mayo de 2022](#), cabe revisar la exclusión legal, al menos de la protección salarial, si no se constatan trazas (sospechas) de fraude?

Pero –decía– que no es de esta línea de política del derecho social, por impulso de la vis expansiva del derecho de la UE, de la que aquí quiero hablar, sino del balance de situación de la política de equiparación que, como se ha dicho *ut supra*, la [ENDITA 2022-2027](#) echa en falta para el verdadero trabajo autónomo en situación equivalente o equiparable al trabajo asalariado, a fin de impulsar una renovación del derecho social a favor de un trabajo autónomo con derechos de protección análogos a los del trabajo asalariado. Una línea que, en cuanto planificada estratégicamente, es aspiracional, un deber ser, no un ser real hoy, como evidencia el citado [ENA \(2023\)](#) y para el (más) numeroso colectivo de trabajo autónomo que podríamos denominar «clásico» (persona individual que presta servicios directa, personal y habitualmente), distinto del «trabajo autónomo societario». No sorprende que la [ENDITA](#) insista, pues, en la heterogeneidad de las situaciones de trabajo autónomo, postulando tratamientos diferenciales, aun dentro de una tendencia a la mayor equiparación o convergencia posible.

Quiero hablar del balance de situación de la política de equiparación que la [ENDITA 2022-2027](#) echa en falta para el verdadero trabajo autónomo en situación equivalente o equiparable al trabajo asalariado

Justamente, conocida es la distinción jurisprudencial al respecto establecida en relación con la aplicación de la modalidad de jubilación activa que permite el gran sueño de tantas personas: compatibilizar al 100 % la pensión con el trabajo. El TS denegará la aplicación de este beneficio social (privilegio), condicionado, entre otros requisitos, a la contratación de al menos una persona asalariada y previsto con la –en exceso ampulosa– rúbrica de «Pensión de jubilación y envejecimiento activo», en el artículo 214 de la LGSS ([Criterio de gestión 2/2022, de 10 de enero de 2022, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–](#)), a quienes tienen la condición de personas autónomas societarias (*vid.* [STS 506/2023, de 12 de julio](#)) o «autónomas comuneras» ([STS 532/2023, de 19 de julio](#)). La razón es que en este caso actuarían más como sujeto colectivo que como persona autónoma, pues solo la persona física responde con todos sus bienes ([art. 1.111 Código Civil](#)), sin gozar del beneficio de limitación de responsabilidad de la persona societaria.

La finalidad de esta modalidad favorable de jubilación activa se cubriría bien al exigirle al menos contratar a una persona. Por supuesto, no tiene tal condición cuando se trata de la persona empleada de hogar, un artificio más de una vez utilizado en este ámbito y constantemente combatido jurisprudencialmente por ser un fraude. En estos casos, la contratación no se vincularía a la condición empresarial propia de las personas autónomas, sino a la de titular del hogar familiar ([STS 313/2023, de 26 de abril](#)).

3. Pero el pensamiento legal sobre el riesgo de fraude de la persona trabajadora autónoma no cesa: la injustificada restricción de la integración de lagunas, cuando entre en vigor. Esta última observación deja aflorar dos razones relevantes que, más allá de la

evidente distinción entre la relación de trabajo autónomo y por cuenta propia y subordinada y por cuenta ajena, explican (unas veces también justifican, otras no tanto) la diferencia de tratamientos de una y otra en el derecho social. Ciertamente, de un lado, cuando la ley acepta una excepción a la regla general de incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del o de la pensionista ([art. 213.1 LGSS](#)), realmente está reconociendo que la pensión más frecuente en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) está muy por debajo de la media del RGSS (brecha de pensión por el régimen de encuadramiento), dado que se cotiza por bases mínimas (opción mayoritaria antes del cambio de sistema de cotización –[RDL 13/2022, de 26 de julio](#)–). Por lo que es un modo algo anómalo de compensar el déficit de protección. De otro, refleja una vez más el enfoque de pensamiento de sospecha que siempre genera la figura del autónomo en la gestión de las prestaciones, por la mayor capacidad que su autonomía organizativa de la actividad le otorga para inventar formas de eludir o de aprovechamiento indebido de la protección social, perjudicando la dimensión solidaria del sistema.

De nuevo por volver a los ejemplos que ilustren las afirmaciones que se realizan, hay que recordar que no otro fundamento tiene el que se haya mantenido extramuros de la técnica de la integración de lagunas de cotización a las personas integradas en el RETA (la integración de lagunas no es más que la concreción técnica en Seguridad Social de la institución jurídica general de la ficción de derecho, que actúa aquí como un factor de corrección del principio contributivo del sistema en aras de su dimensión solidaria, en garantía de efectividad del principio de suficiencia prestacional [ex art. 41 Constitución española](#)). No hay que ser muy especialista para comprender el motivo que hay detrás de esta exclusión: la libertad contractual y organizativa le permitiría un mayor margen de decisión en torno a los tiempos de alta y de baja, por lo que el riesgo especulativo sería mayor. A lo que se añadía que la elección habitual era, como ya se ha recordado, la de optar por las bases mínimas. En un tiempo diferente, en el que ninguno de esos dos motivos se sostiene, al menos con la pujanza de antaño, dados los cambios legislativos y la evolución cultural, la inclusión de esta institución parecería ser de evidencia. Y así ha sucedido, como bien sabido es, con la modificación del [artículo 322 de la LGSS](#) (en un primer ensayo –fallido– de desarrollo de la previsión de la [disp. final cuadragésima cuarta Ley 11/2020, de 30 de diciembre](#)). Sin embargo, la reforma no se ha podido librar de ese lastre, por el doble intenso condicionante que introduce: por un lado, exige que la causa de la no obligación de cotizar sea involuntaria (ha de derivarse del cese de actividad), por otro, se limita a 6 meses. El RGSS carece de ambas restricciones.

No me es posible entrar con mayor detalle en esta reforma legislativa de gran calado (tiene clara perspectiva de género, como es sabido –un análisis muy sugerente en el [estudio de la profesora Isabel Villar Cañada](#), en este número–, aunque, como en *El burlador de Sevilla*, larga la fía, nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, lo que hace incomprensible la urgencia, al tiempo de que la jurisprudencia comunitaria y la fiebre jurisdiccional por la [defensa del «varón \(ficticiamente\) discriminado»](#) augura que sea carne de cañón para otra cuestión prejudicial, a modo de otra crónica de una muerte anunciada,

lamentablemente). Pero sí realizaré dos breves apuntes que tienen que ver directamente con el argumento de este editorial, encarando la última aparición de esta guisa en las páginas de esta –tan querida para mí– revista. El primero es que, conforme a la [SJS número 1 de Granada 434/2022, de 13 de octubre](#), la exclusión, o ahora la insuficiencia, de la integración de lagunas en el RETA puede conllevar discriminaciones indirectas por razón de género (por ejemplo, cuando no haber podido estar activa laboralmente por el ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar durante el tiempo coincidente con su ausencia del trabajo productivo –mercado de trabajo– se debe a su presencia muy activa en el trabajo de cuidar –servicio social trabajo reproductivo–).

El segundo tiene que ver con la identificación en tales casos de situaciones que podrían ser razonablemente comparables y, en consecuencia, requerir un nivel de tutela o de protección equivalente, so pena de incurrir en discriminación. En la medida en que las situaciones previstas por el nuevo [artículo 322 de la LGSS](#) para la integración de lagunas se vinculan estrictamente a situaciones no cotizadas por cese de actividad, esto es, por un tipo de causa involuntaria para la persona autónoma, no querida por ella, ¿no estaríamos ante una situación de vulnerabilidad o de identidad de razón protectora análoga a la de la persona asalariada despedida o cesada por razones ajenas a su voluntad, en cuyo caso tiene derecho a la integración de lagunas en el marco del [artículo 209 de la LGSS](#), sin límites de tiempo, mientras que en el RETA esa misma persona tan solo disfrutaría –cuando entre en vigor, dentro de varios años– de 6 meses?

En la medida en que las situaciones previstas por el nuevo artículo 322 de la LGSS para la integración de lagunas se vinculan a un tipo de causa involuntaria para la persona autónoma, ¿no estaríamos ante una situación de vulnerabilidad o de identidad de razón protectora análoga a la de la persona asalariada despedida o cesada por razones ajenas a su voluntad?

4. De la (cuasi) infinita capacidad creativa del TJUE nace un nuevo tópico jurídico-social: la identidad de razones de protección de la persona trabajadora autónoma en situaciones de vulnerabilidad análoga a la de la persona asalariada. ¿Pero tiene sentido jurídico equiparar un cese de actividad de persona autónoma con un despido? En el lenguaje común se conoce la prestación por cese de actividad (que tiene un escaso reconocimiento efectivo: se hacen 30.000 solicitudes al año y solo se conceden unas 8.000, apenas un 25 %) como el «paro de autónomos» (lo sabemos, el lenguaje inclusivo de género sigue brillando por su ausencia, pero es el sintagma usual, lo que nos exige reproducirlo, con esta advertencia, claro). Pero ¿no es excesivo ir más allá e identificar situaciones de cese de actividad con «despidos»? Si nos mantuviésemos en la ortodoxia de la cultura y la práctica jurídicas laboristas internas, seguro que sí. Pero, como se apuntó, en la lógica del derecho de la UE y, sobre todo, en la gran capacidad creativa del TJUE, en absoluto. Ilustrémoslo con ejemplos, al estilo de la clásica tónica jurídica.

El primero viene de la mano de la [STJUE de 20 de diciembre de 2017 \(asunto C-442/16, Gusa\)](#), dictada en una cuestión prejudicial relativa al artículo 7.3, letra b), de la [Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril](#). Se trata, como es conocido, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de la ciudadanía de la Unión y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Pues bien, en un caso en el que una persona, tras residir legalmente y haber ejercido una actividad por cuenta propia en otro Estado alrededor de 4 años, abandona tal actividad como consecuencia de la falta de trabajo (debidamente acreditada), motivada por causas ajenas a su voluntad, con su inscripción ante el servicio de empleo competente de este último Estado miembro con el fin de encontrar un trabajo, el TJUE considera que conserva la condición de trabajador por cuenta propia a los efectos del artículo 7, apartado 1, letra a), de dicha directiva. Otra interpretación significaría establecer una injustificada diferencia de trato entre dos categorías de personas trabajadoras respecto al fin perseguido por una norma (garantía, con la conservación de la condición de persona trabajadora, del derecho de residencia de quienes han dejado de prestar actividad profesional al quedarse sin su trabajo), pues:

En efecto, al igual que un trabajador por cuenta ajena, que puede perder involuntariamente su trabajo a raíz de un despido, quien ha trabajado como autónomo puede verse obligado a dejar esa actividad. Por tanto, esa persona podría hallarse en una situación de vulnerabilidad comparable a la de un trabajador por cuenta ajena despedido (apdos. 42 y 43).

No será un caso aislado, por lo que esta nueva invención del TJUE, la figura de la persona trabajadora autónoma con análoga identidad de razón protectora por una ley de derecho social a causa de mantener una situación de vulnerabilidad comparable a la de otra asalariada, puede tenerse como una sólida construcción, con efectos expansivos y unas enormes potencialidades de innovación de los ordenamientos internos a favor de aquel objetivo de la [ENDITA](#) de conformar un derecho social del trabajo autónomo con una protección análoga al derecho social del trabajo asalariado (también en la rama

Esta nueva invención del TJUE, la figura de la persona trabajadora autónoma con análoga identidad de razón protectora a causa de mantener una situación de vulnerabilidad comparable a la de otra asalariada, puede tener enormes potencialidades de innovación de los ordenamientos internos

de la Seguridad Social, por supuesto, y con más razón aún). En este sentido, interesante fue también la [STJUE de 19 de septiembre de 2019 \(asunto C- 544/18\)](#). En este asunto, el TJUE, tras recordar su jurisprudencia relativa a la equiparación de su doctrina para con el artículo 49 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) (libertad de establecimiento) con la del artículo 45 del [TFUE](#) (libertad de circulación de personas trabajadoras), en cuanto ambas conforman el mercado de trabajo de la UE, considera (en este caso la cuestión prejudicial provenía del Reino Unido) que, cuando una mujer deja de ejercer una

actividad autónoma debido a las limitaciones físicas por su embarazo, manteniendo en el periodo subsiguiente al parto su condición autónoma, siempre que reanude dicha actividad o encuentre otra por cuenta propia o un empleo dentro de un periodo de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo o hija, ha de garantizársele igualmente el citado derecho de residencia. Las razones son las mismas que para el [precedente Gusa](#). Más recientemente, el TJUE ha tenido la oportunidad de reafirmar esta construcción, también en el ámbito del derecho social del empleo de la UE, respecto de un asunto de especial actualidad: la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en especial a las personas LGTBI.

Se trata de la [STJUE de 12 de enero de 2023 \(asunto C- 356/21\)](#). El relato de hechos de este asunto (la cuestión litigiosa) se resume del siguiente modo: un trabajador autónomo ve cómo se le resuelve el contrato de servicios profesionales que mantenía con una empresa, coincidiendo con la publicación de un vídeo en el que manifestaba su homosexualidad, habiendo sido objeto de previas valoraciones positivas en su actividad. En estas circunstancias, un órgano judicial polaco presenta cuestión prejudicial en la que se inquiere del pretor comunitario que se pronuncie sobre si está o no incluida esta situación en el ámbito del artículo 3.1, letras a) y c), de la [Directiva 2000/78](#), es decir, si el trabajo autónomo está protegido contra la discriminación por orientación sexual en sus condiciones de mantenimiento de actividad profesional (incluiría los criterios de acceso al empleo, la selección y las condiciones de contratación, así como las de extinción). El TJUE no tiene duda alguna de esta inclusión, porque la libertad de contratación de la empresa (reflejo de la libertad de empresa como derecho fundamental ex art. 16 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)) no puede tener efectos discriminatorios, en la celebración, extinción o renovación, por razón de la orientación sexual de una persona trabajadora autónoma en situación de vulnerabilidad (razones de protección) comparable a la de otra asalariada despedida:

Así, de una interpretación teleológica del artículo 3.1, letra c), de la directiva se desprende que el concepto de «condiciones de empleo y trabajo» que allí figura se refiere [...] a las condiciones aplicables a cualquier forma de actividad por cuenta ajena y por cuenta propia, cualquiera que sea la forma jurídica en que se ejerza.

Consecuentemente, y a efectos de ir más allá de los casos concretos, dos serían los requisitos exigibles para aplicar este concepto comunitario novedoso de persona trabajadora autónoma en situación de necesidad de protección comparable o asimilable a la persona asalariada a la hora de aplicar el derecho social de la UE. A saber:

- Que el trabajo por cuenta propia esté incluido expresamente o que, al menos, no resulte incompatible con el objeto de la norma aplicable (se lleva a la máxima expresión lo que el profesor Efrén Borrajo gustaba llamar «concepto funcional de persona trabajadora» o «concepto determinado por la función de cada ley», por lo que puede cambiar de una a otra).

- Que se constate una situación asimilable de vulnerabilidad, esto es, una análoga identidad de razón protectora para garantizar el efecto útil de la norma. La comparación se debe hacer respecto de cada concreta situación objetiva, no la subjetiva (es una verdadera persona trabajadora autónoma). Por tanto, pueden ser situaciones jurídico-sociales diferentes, no solo la pérdida de la actividad por cuenta propia por razones involuntarias, asimilándose al despido de una persona asalariada, aunque no lo sea (por cierto, para una aplicación analógica del derecho a una indemnización por salarios de tramitación por despido nulo, para el caso de un recluso cesado sin causa, *vid.* [STS 566/2023, de 19 de septiembre](#) –por su gran interés, se comentará en la sección «diálogos con la jurisprudencia», ya en la nueva época del próximo año–). Emerge, así, el reto de identificar otros ámbitos jurídicos donde aplicarlo.

Por supuesto, no puede ser esa misión la que se realice en este momento. Tan solo me queda reafirmar que, a mi juicio, y sin perjuicio de las diferencias entre este asunto y los analizados por el TJUE, considero que bien podría usarse tal construcción para dejar en evidencia la injustificada, y desproporcionada, diferencia de trato entre la persona trabajadora por cuenta propia y la asalariada en la integración de lagunas del [artículo 322 de la LGSS](#) en relación con el [artículo 209](#) del mismo texto legal. Sin duda, una cuestión que puede tener un recorrido jurisdiccional muy significativo. Veremos.

Considero que bien podría usarse tal construcción para dejar en evidencia la injustificada, y desproporcionada, diferencia de trato entre la persona trabajadora por cuenta propia y la asalariada en la integración de lagunas del artículo 322 de la LGSS en relación con el artículo 209 del mismo texto legal

5. ¿Ha llegado el tiempo de acabar con el concepto restrictivo de accidente de trabajo autónomo? En el ámbito del derecho de daños profesionales, esto es, respecto de accidentes de trabajo (y enfermedades profesionales), también hallamos muy típicas situaciones de asimilabilidad o de comparabilidad entre las posiciones de vulnerabilidad de ciertas personas trabajadoras autónomas y las asalariadas, no solo en relación con las personas autónomas económicamente dependientes. Precisamente, así se desprendería de ambos asuntos afectados por la citada [STS 731/2022, de 14 de septiembre](#). Si bien se trata de una cuestión procesal (determinar si, en virtud del [art. 2 b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–, el orden social es competente o no para fijar la responsabilidad empresarial derivada de sendos accidentes laborales mortales de consejeros de administración con función de gerencia de sus empresas), los dos son ilustrativos de esa posición jurídico-material análoga de personas autónomas en relación con los riesgos profesionales en el seno de complejas relaciones de subcontratación y en el sector de la construcción, donde aquellos actúan, en los casos, como «trabajadores de la empresa».

En ambos asuntos, las personas causahabientes (esposas y descendencia) dirigen sus acciones al orden social, ante la dificultad e incomprensión del orden civil (también por el temor a las costas), con resultados muy dispares. La STS –estimatoria de recurso contra la sentencia de suplicación dictada, que asumió la competencia social– consideró que no se daba la contradicción debida. Pero, apelando al concepto expansivo referido de persona trabajadora, entendió que mientras en un caso se probó tal cualidad *de facto* del consejero como «persona trabajadora de la empresa», en el otro (recurrida), ni siquiera se intentó probar esa circunstancia, no siendo tampoco persona autónoma dependiente económicamente, cuya competencia sí le corresponde (letra d), en relación con letra b) [art. 2 LRJS](#)). Ciertamente, aquí estaba en juego el concepto más expansivo de persona trabajadora, no propiamente el diferente concepto de persona trabajadora autónoma en situación de vulnerabilidad (identidad de razón protectora a los concretos efectos de una norma de derecho social) asimilable o comparable con el de la persona trabajadora asalariada. Pero, a mi entender, este podría dar mayor juego.

Sea como fuere, lo que no resulta dudoso es que persiste hoy una diferencia muy sustancial entre los conceptos normativos de accidente de trabajo asalariado y el propio de accidente de trabajo autónomo. Quizás haya llegado el momento de superarla. Las dos notables diferencias entre ambos conceptos normativos están bien delimitadas en la [STS 479/2023, de 5 de julio](#). Esta, haciendo gala de una aplicación literal de las normas, revoca, estimando la demanda de la mutua, la doctrina de suplicación, que sí estimó existente un accidente de trabajo autónomo en el caso de un estomatólogo en pluriactividad (estaba simultáneamente en el RGSS y en el RETA).

En apretada síntesis, la persona siniestrada presta servicios en una clínica como estomatólogo incluido en el RGSS. Asimismo, figura afiliado al RETA (pluriactividad). Padece indisposición cuando prestaba servicios para su empleador (la clínica) y se vio obligado a acudir a un centro de urgencias. Se le diagnosticó hemorragia subaracnoidea. En situación de incapacidad temporal, promovió su expediente de determinación de contingencia que finalizó con resolución del INSS por la que se vinculó la incapacidad temporal con un accidente de trabajo, tanto para el RGSS como en el RETA. La mutua interpuso demanda contra la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el INSS, la clínica y el trabajador, por entender que, para las prestaciones que puedan generarse en el RETA, la contingencia es común, al no operar la presunción de accidente de trabajo del [artículo 156.3 de la LGSS](#) y haber sucedido los hechos en tanto se prestaban servicios como trabajador por cuenta ajena. La demanda se desestimó en instancia social y, después, fue confirmada en suplicación, porque la causa de la incapacidad temporal se incardinaría en la noción de accidente de trabajo tanto del [artículo 156.3 de la LGSS](#) como del [artículo 316.2 de la LGSS](#) (y [art. tercero.2 b\) RD 1273/2003, de 10 de octubre](#)).

El TS casa y revoca la sentencia recurrida. Por dos razones jurídicas. La primera porque en el accidente de trabajo autónomo no conoce la mera relación de causalidad ocasional entre el trabajo y el siniestro (daño profesional) sufrido. La normativa exige expresamente que resulte «consecuencia directa e inmediata» ([art. 316.2 LGSS](#) y [art. tercero.2 RD 1273/2003](#)).

La segunda, y más importante, porque tampoco se aplica la presunción de laboralidad del accidente en tiempo y lugar de trabajo, dado que expresamente se exige la prueba fehaciente de la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia (art. [tercero.2 b\) RD 1273/2003](#)). En consecuencia, para que se considere accidente de trabajo, en el RGSS basta con que la lesión tenga lugar durante el tiempo y en el lugar de trabajo, mientras que en el RETA, además de lo anterior, se exige expresamente la prueba de la «conexión directa e inmediata» de la lesión con el trabajo realizado por cuenta propia.

Para que se considere accidente de trabajo, en el RGSS basta con que la lesión tenga lugar durante el tiempo y en el lugar de trabajo, mientras que en el RETA, además de lo anterior, se exige expresamente la prueba de la «conexión directa e inmediata» de la lesión con el trabajo realizado por cuenta propia

6. El teletrabajo asalariado se desinfla, el teletrabajo autónomo crece, pero el Acuerdo marco europeo sobre la ley de Seguridad Social aplicable excluye a este (el nomadismo laboral autónomo transnacional), salvo acuerdo individual. No deja de presentar cierta obsolescencia significativa esta dualidad reguladora, que, conforme a la vocación de convergencia de la [ENDITA](#), quizás debiera hallar más pronto que tarde su revisión legal. Un imperativo de equiparación respecto a los accidentes de trabajo cuando están en situación comparable que podría incluso verse acelerado en el ámbito de la determinación de los accidentes de teletrabajo autónomo a tenor de la nueva dimensión, cuantitativa, que adquiere en este ámbito. No por casualidad un número cada vez mayor de decisiones judiciales se enfrentan a la calificación de los accidentes de trabajo en remoto, por lo general en el domicilio, haciendo uso de la presunción de laboralidad del accidente ex [artículo 156.3 de la LGSS](#), con una enorme casuística ([que en esta revista ya se ha estudiado](#)), pero respecto de la cual la ventaja de la aplicabilidad de tal beneficio de presunción se ha visto en numerosas ocasiones. Una ventaja que brillaría por su ausencia en los accidentes de teletrabajo autónomo, por ahora más invisibles.

En efecto, frente al célebre mantra (cada vez más «odioso», por repetido sin demasiada consistencia y desde luego ninguna originalidad) de «el teletrabajo llegó para quedarse», el análisis estadístico de la realidad sociolaboral nos ofrece dos sorpresas. De un lado, cómo se desinfla el teletrabajo asalariado. De otro, en cambio, cómo crece, no solo se consolida, el teletrabajo autónomo. En relación con la progresiva reducción del teletrabajo asalariado, hasta cifras menores de lo esperable, seguramente también de lo deseable, hay varios datos determinantes. El primero es que, en cifras, en torno a un 7 % de personas asalariadas teletrabajan habitualmente, un 6,6 % ocasionalmente.

El segundo es que el 86 % de las personas que gobiernan las grandes empresas de nuestro país, y del resto del mundo, hacen la siguiente profecía: en 3 años no habrá teletrabajo asalariado ([informe KPMG 2023 CEO Outlook](#)). El dato estadístico, por sorprendente, no

queda aislado ni disruptivo respecto de otras evidencias. Según el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, en su informe [Flash Datos de teletrabajo 2022](#), el teletrabajo en general se ha reducido en el último año al 12,5 %, descendiendo de forma más acusada el teletrabajo habitual del 7,9 % al 6,4 %, respecto a la modalidad ocasional, es decir, el que se desarrolla menos de la mitad de los días en los que se trabaja, que ha aumentado del 5,7 % al 6,1 %. Vemos, pues, que los datos son muy próximos, aunque varíen en décimas, evidenciando claramente la tendencia hacia la menor relevancia del teletrabajo, salvo cuando deriva del [artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), pero aquí tiene otras connotaciones, también de género (cuando el teletrabajo no se vincula de forma directa a la conciliación, no hay diferencia entre hombres y mujeres, pero cuando trae causa del [art. 34.8 ET](#), la gran mayoría de peticionarias siguen siendo mujeres).

En cambio, lo que anuncia un nuevo conflicto social y laboral, a añadir a la creciente judicialización de esta cuestión, con la multiplicación de los asuntos relativos al teletrabajo en los tribunales sociales (junto al pago de todo gasto asociado al teletrabajo para la empresa, conforme a la [Ley 10/2021, de 9 de julio](#), que se tilda de rígida –e incluso sindicalmente así te lo reconocen, en privado, claro, y por eso lo limitan en los convenios que son de aplicación a su organización–, la otra gran razón del desinfe del trabajo en remoto –por ejemplo, la [STS 565/2023, de 19 de septiembre](#), que considera que las interrupciones en remoto son tiempo efectivo de trabajo–), es que 7 de cada 10 personas trabajadoras desean más días de teletrabajo, incluso para muchas personas, las más cualificadas, la condición de teletrabajo pesa tanto como la retributiva para aceptar una oferta de trabajo. Por lo que el teletrabajo se concibe como un atractivo de talento. El conflicto está servido, porque la empresa sigue dando preferencia al control de la persona trabajadora sobre las promesas de aumento de productividad.

Dejando de lado este debate, quizás más interesado que interesante, porque no es dudoso que el futuro se escribe, como siempre, desde el mestizaje o la hibridación de las formas de organización del teletrabajo, lo cierto es que, como se apuntaba, donde se halla consolidado el teletrabajo es en el ámbito del empleo autónomo. Las razones son muy evidentes.

Entre otras, porque no hay delimitación de los tiempos de trabajo, más allá de la autodeterminación, lo que suele llevar a la autoexplotación. Las jornadas prolongadas y sin desconexión son lo habitual ([ENA, 2023](#)). No se aplican las limitaciones de jornada (la [pugna que se ha abierto entre la ministra española de trabajo y su homólogo griego](#), a cuenta de su [Ley número 5053, Boletín Oficial A'158/26-09-2023](#), carece de sentido, porque sí es posible «la jornada laboral a la griega» para el trabajo autónomo y para el asalariado en régimen de pluriactividad). Por supuesto, se excluye también la aplicación de la muy garantista ley de teletrabajo (asalariado), por lo que no concurren las causas del «desangrado» del teletrabajo asalariado. Las cifras son contundentes.

Según el Instituto Nacional de Estadística, de un total de 3.196.300 personas autónomas, teletrabajan más de 900.000. Hablamos, pues, de prácticamente 1 de cada 3. Cierto,

respecto al año 2020, en el año 2023 se habrían reducido quienes teletrabajan por cuenta propia habitualmente (de 641.000 a 492.000), lo que es lógico al desaparecer la premura pandémica, en cambio, han aumentado extraordinariamente los ocasionales (de 276.000 han pasado a casi 425.000). En suma, si el teletrabajo vino para quedarse, lo es solo respecto de un colectivo mayoritariamente, el de las personas trabajadoras autónomas, mientras se desvanece para las personas asalariadas.

No sorprende, pues, que la [Ley 28/2022, de 21 de diciembre](#), de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, impulsara, con una amplia gama de medidas de favor, el denominado «nomadismo laboral internacional», incluyendo a las personas trabajadoras por cuenta propia. La realidad de muchas empresas tecnológicas, que en su discurso abominan del teletrabajo, evidencia que luego acuden a la contratación de personas trabajadoras en remoto, por cuenta ajena o por cuenta propia, porque pueden acudir a mercados de trabajo más baratos (por ejemplo, la célebre [OpenAI lo ha hecho con más de 1.000 personas desarrolladoras de la inteligencia artificial, pero cualificadas](#): un salario medio en estas regiones es mucho menor que en Estados Unidos). De este modo, y fuera de una nueva polémica, el riesgo que el teletrabajo (más si es autónomo) podría suponer para personas con mejores retribuciones en países desarrollados, en la medida en que [facilitaría buscar mano de obra barata, pero cualificada, en el mundo](#), lo cierto es que el teletrabajo internacional crece, también en su modalidad de teletrabajo autónomo.

Si el teletrabajo vino para quedarse, lo es solo respecto de un colectivo mayoritariamente, el de las personas trabajadoras autónomas, mientras se desvanece para las personas asalariadas

Así lo revela el reciente [Acuerdo marco europeo relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento \(CE\) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual](#). Con él se crea una excepción a las reglas habituales de determinación de la ley de Seguridad Social aplicable (*lex loci laboris*). Se trata de promover en la UE el teletrabajo (nomadismo) transnacional.

El [acuerdo marco](#), en vigor desde el 1 de julio de 2023 (se extiende por 5 años, con previsión de prórroga automática por otros 5), tiene la forma jurídica de un convenio multilateral entre Estados miembros y una función de flexibilización del derecho de la UE en relación con la regla general, según la cual las personas que prestan sus servicios en régimen de teletrabajo se sujetan a la legislación del Estado de residencia. A su tenor, quienes lleven a cabo su actividad de teletrabajo de forma habitual en uno o varios Estados distintos de aquel donde se halla la empresa para la que trabajan deberán cotizar en el Estado de establecimiento de la empresa, eso sí, siempre y cuando el teletrabajo en el Estado de residencia no supere el 50 % del tiempo de trabajo total. Una excepción a la regla general, pues, que pretende la conjunción de más flexibilidad para facilitar el teletrabajo transnacional, pero también con mayor seguridad jurídica y favor hacia las empresas. La aplicación práctica requiere de una solicitud previa [de conformidad con el art. 18 [Reglamento \(CE\) n.º 987/2009](#)], por la empresa o

persona interesada, al Estado miembro a cuya legislación pida acogerse el contrato a efectos de Seguridad Social o al organismo que dicha autoridad designe.

Precisamente, a fin de darle operatividad en España, se ha introducido un criterio de gestión paralelo y también con afán flexibilizador, por parte de la TGSS. Aunque esta flexibilización respecto a la interpretación del artículo 12 del citado reglamento de la TGSS (Oficio JI-647/2023-1.2 ftp de la TGSS) queda acotada, en cambio, al teletrabajo no habitual, sino ocasional o aleatorio. En estos supuestos, la TGSS, de conformidad con la Nota de la Comisión Administrativa para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de 21 de junio de 2023 (AC 137/23), entiende que la ley de aplicación, a efectos de Seguridad Social, será la de la legislación del Estado donde se presta el trabajo de forma regular, pudiendo solicitar un certificado de desplazamiento temporal (A1).

En todo caso, y es lo más relevante a efectos de este editorial, salvo por la vía del artículo 6 (acuerdos individuales), el teletrabajo por cuenta propia queda excluido de forma expresa del Acuerdo marco europeo sobre la ley aplicable a la Seguridad Social en el teletrabajo transfronterizo. Lo que no tiene demasiada lógica, por las razones comentadas.

Salvo por la vía del artículo 6 (acuerdos individuales), el teletrabajo por cuenta propia queda excluido de forma expresa del Acuerdo marco europeo sobre la ley aplicable a la Seguridad Social en el teletrabajo transfronterizo. Lo que no tiene demasiada lógica

7. Todo tiene su fin, pero que suele ser otra oportunidad de principio. No debería acabar aquí un análisis jurídico que se tome en serio la comparación entre lo que dice perseguir (programar) la [ENDITA 2023](#), un trabajo autónomo de calidad en términos de equiparación razonable de derechos sociales y laborales con el trabajo asalariado, en lo que de comparación de situaciones de asimilación de razones de protección tienen y que, misión del sistema de fuentes, también de la ciencia jurídica y la jurisprudencia, ha de explorarse, y lo que realmente existe, donde las desigualdades son notables. Pero, no tengo ninguna duda, en el futuro próximo muchos serán los análisis que se hagan en esta prestigiosa revista. Sin embargo, mi aproximación a este tema, que abre nuevas fronteras al estudio de quienes cultivamos el derecho social, en todas y cada una de sus dimensiones, en especial de empleo, trabajo y protección social, debe terminar.

Pero, en esta ocasión, el fin del editorial no será hasta el próximo número. Pues lo que con este termina es mi propia etapa en la dirección académica de esta, para mí la más querida de en cuantas he podido ofrecer mi voz y mi pluma.

Es tiempo de cambios. Es hora de que, tras muchos años de dedicación propia, otras personas,

El fin del editorial no será hasta el próximo número. Con este termina mi etapa en la dirección académica de esta revista, para mí la más querida de en cuantas he podido ofrecer mi voz y mi pluma

de enorme talento y capacidad de trabajo brillante, como la profesora Margarita Miñarro Yanini, buena conocedora de esta casa, nueva directora académica, y la profesora Susana Rodríguez Escanciano, nueva subdirectora, tomen el relevo y traigan un nuevo aire fresco a esta misión, para mí siempre fascinante. Tienen toda mi confianza y para ellas mi máximo deseo de éxito, en una etapa muy sugerente, en la que la revista ya se ha consolidado en la comunidad científica y profesional, recibiendo también el premio al trabajo bien hecho que supone lograr el [sello de trabajo \(científico y editorial\) de calidad FECYT](#). Por supuesto, estos reconocimientos, merecidos, fruto del trabajo intenso e ilusionante de un gran equipo de trabajo, en absoluto individual, no servirán para caer en la autocomplacencia. Al contrario, espoleará el trabajo del nuevo equipo, tanto en el consejo de redacción como en el equipo editorial, y, de la conjunción de todos sus afanes, la revista saldrá reforzada y mejorará, no me cabe la menor duda.

Yo he hecho lo que he podido, siempre con la máxima entrega, aunque seguro que no siempre con el debido acierto. Mi agradecimiento pleno también a quienes estos años han tenido la amabilidad de dedicar una parte de su tiempo, siempre escaso, a leer las «columnas» y «glosas» que, tanto desde esta sección como de la de «diálogos con la jurisprudencia», realicé. Por supuesto, mi adiós es en esta función de dirección, si bien siempre estaré dispuesto a colaborar con la revista «de mis amores académicos» cuando el nuevo equipo lo tenga a bien y pase, claro está, el duro filtro de la evaluación de calidad.

No me resta más que despedirme. Y lo haré, cómo no, con una breve cita del gran poeta Antonio Machado, también favorito de mi maestro, el profesor Vida Soria, que igualmente me viene a la memoria en este momento postrero. Y es que, como se expresa en el proverbio número XIII (sección «Proverbios y cantares», de su monumental *Campos de Castilla*), donde desarrolla su concepto del hombre bueno, dice:

Es el mejor de los buenos
quien sabe que en esta vida
todo es cuestión de medida:
un poco más, algo menos [...].

Para luego continuar en el número XIV:

Virtud es la alegría que alivia el corazón
más grave y desarruga el ceño de Catón.
El bueno es el que guarda, cual venta del camino,
para el sediento, el agua; para el borracho, el vino.

En suma, como don Antonio Machado, solo me preocuparía si ustedes concluyeran que no he sido buena persona, aunque crean que no haya sido un buen director de esta revista,

a la que tanto he honrado y honraré, desde otras facetas. A estas –ya dilatadas– alturas de la vida y en un mundo tan convulso, lo primero es más importante, aunque, en honor a la visión de san Agustín, yo he intentado afanarme en lograr ambas misiones. Muchas gracias por su paciencia y hasta siempre.

Solo me preocuparía si ustedes
concluyeran que no he sido
buena persona, aunque crean
que no haya sido un buen
director de esta revista

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). ¿Adiós a la marginación de la persona trabajadora autónoma del derecho social?: razones de protección más allá de la falsa autonomía. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 477, 5-21. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19675>

