

DL

EL REAL DECRETO 197/2009 DE DESARROLLO DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE: LUCES Y SOMBRAS

Daniel Toscani Giménez *

Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LETA.—II. LA DEPENDENCIA ECONÓMICA Y SU VALORACIÓN.—III. LA COMUNICACIÓN AL CLIENTE DE LA CONDICIÓN DE TRADE Y SU ALCANCE.—IV. LOS REQUISITOS COMUNES PARA SER TRADE.—V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS TRANSPORTISTAS.—VI. ESPECIALIDADES DE LOS AGENTES DE SEGUROS.—VII. EL CONTENIDO DEL CONTRATO.—VIII.- DURACIÓN DEL CONTRATO.—IX. MODELO DE CONTRATO, SU REGISTRO Y DERECHOS DE INFORMACIÓN.—X. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL.—XI. EL REGISTRO ESTATAL DE ASOCIACIONES PROFESIONALES.—XII. VALORACIÓN FINAL.

RESUMEN

El RD 197/2009 de 23 de febrero es el primer texto reglamentario de desarrollo del Estatuto del trabajador autónomo. Parte de la necesidad de desarrollo reglamentario prevista en la disposición final 5.ª de la LETA y se lleva a cabo fuera del plazo previsto. El reglamento se centra en un mandato tasado por lo que sólo afecta a disposiciones específicas, no todas las previstas en la LETA. Afecta fundamentalmente al contrato de TRADE común, a los especiales de los agentes de seguros y de Transportistas y también al

* Profesor Titular de Universidad.

DL *El Real Decreto 197/2009, de desarrollo del contrato...*

Registro Estatal de asociaciones profesionales del artículo 20 de la LETA. Sin embargo, como de costumbre, resuelve de una forma deficiente puntos relevantes del régimen de los TRADE, que se pondrán de manifiesto en el siguiente trabajo, con la finalidad de darles una respuesta satisfactoria para su aplicación práctica.

I. INTRODUCCIÓN. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LETA

El RD 197/2009 de 23 de febrero es el primer texto reglamentario de desarrollo del Estatuto del trabajador autónomo. Parte de la necesidad de desarrollo reglamentario prevista en la disposición final 5.^a de la LETA (ley 20/2007 de 11 de julio por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo) y se lleva a cabo fuera del plazo previsto de un año a contar del 12 de octubre de 2007, fecha de entrada en vigor de la LETA. Se añade como en la propia LETA como título competencial los arts. 149.1.6.^a, 7.^a y 8.^a y 17.^a de la Constitución (dispos. final primera).

El reglamento se centra en un mandato tasado por lo que sólo afecta a disposiciones específicas, no todas las previstas en la LETA, pues no aborda la regulación concreta de los criterios de determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos del artículo 21 de la LETA, según el cual «los citados criterios se desarrollarán mediante una norma reglamentaria» y que es objeto de regulación por otra norma reglamentaria.

Afecta fundamentalmente al contrato de TRADE común, al especial de los agentes de seguros (de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional 17.^a de la LETA). Y también al Registro Estatal de asociaciones profesionales del artículo 20 de la LETA. También a algunos aspectos formales de encuadramiento en la Seguridad Social en los que no hay previsión expresa en la LETA, pero que implícitamente precisaban de una modificación de los Reglamentos vigentes, es decir, del RD 84/1996, dadas las especialidades de acción protectora introducidas para los TRADE por la LETA en comparación con los trabajadores autónomos comunes. Y a ello se refiere la disposición final segunda que viene a modificar el RD 84/1996 de 26 de enero.

También se regulan especialidades en los contratos de TRADES de transportistas y agentes comerciales de acuerdo con lo previsto en las disposiciones adicionales 11.^a y 19.^a de la LETA. Además respecto de los mismos —y con carácter general no sólo para estos colectivos, como se verá más abajo— el modelo de contrato contemplado en el proyecto del RD es «indicativo», según la disposición adicional 7.^a del RD, debiendo «adecuarse» a las especialidades de estos dos colectivos de autónomos.

II. LA DEPENDENCIA ECONÓMICA Y SU VALORACIÓN

El TRADE, al igual que el trabajador autónomo ordinario, debe percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla.

A mi modo de ver, este punto o requisito es otro de los fundamentales, junto con la exigencia de ostentar una organización empresarial propia para deslindar o delimitar los autónomos dependientes verdaderos de los falsos autónomos, o si se prefiere de los trabajadores por cuenta ajena encubiertos bajo una falsa y fraudulenta apariencia de autónomo. Así, es imprescindible que quede demostrado que el riesgo de la explotación recaiga sobre el trabajador. Como se ha dicho debe obtener un lucro de las ganancias empresariales y soportar, asimismo, las pérdidas o lo que es lo mismo, no debe tener un salario fijo garantizado, independiente o insensible a la actividad empresarial principal. De este modo, debe verse afectado directa o inmediatamente por la variación de los precios, averías, posibilidades de venta y resultados, etc. De lo contrario, resulta evidente, a mi juicio, que estaríamos ante un trabajador por cuenta ajena.

Sin embargo, cabe excepcionar, por hacerlo así expresamente la LETA y el Real Decreto de desarrollo a los agentes comerciales, a los que no les será exigible el requisito de asumir el riesgo y ventura de las operaciones en las que medien. Como señala la doctrina¹, se trata de un lógico trasunto de la norma general que regula esta categoría de trabajadores autónomos y que lo permite que sean con independencia de que asuman o no el riesgo de las operaciones mercantiles.

No obstante, la diferencia del TRADE con el régimen del autónomo ordinario en este punto, como se sabe, estriba precisamente en que aquél debe realizar su actividad de forma predominante para un cliente, del que dependa económicamente por percibir de éste al menos el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

El artículo 2 del Real Decreto viene a precisar algunos aspectos del propio concepto de TRADE mediante una mayor precisión del requisito de la dependencia económica pues precisa los rendimientos computables. Ya en el artículo 11 de la LETA se establece claramente que sólo se computan los rendimientos derivados del trabajo y de actividades económicas o profesionales excluyéndose los derivados de capital o plusvalías, lo que parece correcto y conforme con la LETA.

¹ GOERLICH PESET, M.: «La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», *Justicia Laboral*, núm. 33, 2008, pág. 34.

El Real Decreto de desarrollo precisa que para el cálculo del porcentaje del 75 por ciento, los ingresos mencionados en el párrafo anterior se pondrán en relación exclusivamente con los ingresos totales percibidos por el trabajador autónomo por rendimientos de actividades económicas o profesionales como consecuencia del trabajo por cuenta propia realizado para todos los clientes, incluido el que se toma como referencia para determinar la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, así como los rendimientos que pudiera tener como trabajador por cuenta ajena en virtud de contrato de trabajo, bien sea con otros clientes o empresarios o con el propio cliente. A efectos de este cálculo se excluyen los ingresos procedentes de los rendimientos de capital o plusvalías que perciba el trabajador autónomo derivados de la gestión de su propio patrimonio personal, así como los ingresos procedentes de la transmisión de elementos afectos a actividades económicas.

El Real Decreto incluye asimismo para el cálculo de los rendimientos, no sólo los obtenidos por cuenta propia, sino también los que se pueda tener como trabajador por cuenta ajena, aún cuando sea para otro empresario. Es evidente que en estos casos se está pensando que, de ser trabajador por cuenta ajena, la actividad realizada por cuenta propia lo será sólo a título marginal de tal forma que su actividad principal ya cuenta con una protección más garantista como la que brinda el ET, siendo menos importante en estos supuestos que quede sin tutela una prestación de carácter residual. Sin embargo, como destaca la doctrina², pueden darse supuestos, como el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, donde la actividad principal puede ser por el contrario la realizada por cuenta propia y sin embargo, dada la incidencia de la retribución del contrato a tiempo parcial sobre los rendimientos totales, se puede quedar sin la tutela propia de los TRADE.

La inclusión de rendimientos de trabajo por cuenta ajena quizás pueda ser discutible. El Real Decreto vendría a hacer una interpretación amplia del concepto de trabajo y de este modo en los casos de pluriempleo con el mismo cliente o con distintos clientes, puede ser un obstáculo injustificado en algunos casos para la existencia del TRADE. Sólo deberían haberse computado los alcanzados con distintos clientes, pero no con el mismo pues se da una doble dependencia por medio de dos contratos que no suponen una autonomía económica real en relación con el cliente, pues una relación puede influir en la otra aunque se trate de actividades distintas, si no se quiere incurrir en fraude de ley o falso autónomo. Se presta a confusión, es decir no se sabe si en esos casos el trabajo autónomo evita un verdadero contrato de trabajo o si el trabajo por cuenta ajena evita un verdadero autónomo económicamente dependiente.

² GOERLICH PESET, M.: «La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», *Justicia Laboral*, núm. 33, 2008, pág. 26.

Sin embargo, el desarrollo reglamentario sigue sin hacer referencia expresa a un marco o periodo de referencia concreto para realizar el cálculo de tales rendimientos. Es cierto que la utilización de conceptos fiscales podrían hacer pensar en que se deben computar los rendimientos referentes al ejercicio fiscal, esto es, el módulo del año natural. Sin embargo, aún así quedan abiertos múltiples flecos que deberían haber sido previstos en una norma de desarrollo. En efecto, el módulo del año natural no parece el más adecuado para el cálculo de los rendimientos cuando la contratación sea temporal y tenga una duración inferior. En este caso parece más adecuado que el periodo de referencia sea la propia duración del contrato. Al igual que ocurre cuando la actividad sea estacional o de temporada. Si bien, también se podrían plantear supuestos donde se contrate la misma actividad varias veces, a través de varios contratos temporales, con o incluso sin solución de continuidad y cabría preguntarse entonces si el arco de referencia temporal debería ser la de cada contrato o el periodo que resultara de la suma de todos.

Pero incluso en aquellos supuestos en que la contratación sea de carácter indefinido se presenta la duda de cómo calcular los rendimientos de carácter irregular. En efecto, pues en cuanto a la concreta forma de calcular los rendimientos la normativa sólo hace referencia expresa a los rendimientos percibidos en especie, para aclarar que se valorarán por su valor normal de mercado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Quedando la duda, por lo tanto, de si para el resto de los rendimientos también debe acudirse o no a la legislación fiscal, pues la determinación de los mismos admite varios sistemas, por ejemplo, estimación directa o estimación objetiva, por módulos. Obteniéndose resultados muy distintos según se opte por un método u otro, suponiendo incluso en algunos casos el cumplimiento o no de la condición de dependencia económica, aún con los mismos rendimientos³.

En cuanto a la forma de acreditar esta dependencia económica, la norma de desarrollo precisa que se podrá tomar en consideración, entre otros medios de prueba, la última declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en su defecto, el certificado de rendimientos emitido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

De tal forma que parece que se quiera articular una presunción, en el sentido de que si de la declaración del IRPF del ejercicio anterior se extrae la citada dependencia económica respecto de un cliente, se debe presumir

³ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La competencia jurisdiccional del orden social en relación con los trabajadores autónomos económicamente dependientes», AS, núm. 12, 2007.

que dicha dependencia económica persiste en el ejercicio siguiente, salvo obviamente prueba en contra. No obstante, la prueba en contra, evidentemente, correspondería al cliente afectado y resulta difícil pensar en otros medios de prueba que pudiera aportar éste para destruir lo acreditado en la declaración de IRPF del TRADE del ejercicio anterior.

El RD ha optado por una gran flexibilidad en cuanto al momento y la forma en que deben acreditarse los ingresos, esto es, el momento en que un autónomo adquiere los requisitos para ser TRADE. El artículo 2.4 del RD se refiere al hablar de la acreditación, a su forma, pero no al momento. No resultaba tampoco muy claro en que consistía eso de que la acreditación se efectuara «en virtud de lo acordado por las partes» como rezaba inicialmente el proyecto de Decreto por lo que se ha suprimido en el reglamento definitivamente aprobado. Lo acordado lo hubiera sido en el contrato civil o mercantil como autónomo común, en el que se precise la documentación a presentar, pero no parece que esto sea ya posible sino que la vía en principio será, como dice el proyecto, la última declaración del Impuesto general sobre la renta de las personas físicas o el certificado de rendimientos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Pero pueden utilizarse otros factores, lo que plantea la cuestión de si en cualquier momento, sin esperar a la declaración anual de la renta, será factible acreditar ante el cliente la condición. El artículo 2.2. del Real Decreto exige que el autónomo «comunique al cliente dicha condición», pero no exige que haya que esperar a que pase un año, por lo que en el momento en que reúna los requisitos podrá acreditar tal condición. La LETA no fija que el 75 % de los ingresos se deban producir a lo largo de un periodo temporal, por lo que en el momento en el que se produzca tal circunstancia se considerará como TRADE y cabrá exigir a la otra parte el reconocimiento de tal condición.

Pero también al revés y en este sentido el Real Decreto, en este punto, alude a la facultad del cliente de requerir al trabajador autónomo económicamente dependiente la acreditación del cumplimiento de las condiciones y la obligación del TRADE de comunicar las variaciones posteriores que se produjeran. No obstante, si requerido por el cliente, el trabajador aporta la declaración del ejercicio anterior, difícilmente podrá aquél hacer otra cosa que esperar hasta que esté disponible la siguiente declaración de IRPF del TRADE y, en todo caso, si de esta se desprendiera ya la falta de dependencia económica, reclamar una eventual reparación derivada de la falta de preaviso del TRADE.

De otra parte, una vez reconocido como tal y para evitar que la variación de las circunstancias y la pérdida de requisitos lleve a cambios frecuentes de contratos, el Real Decreto parece en un principio que garantiza al menos el mantenimiento de la condición de TRADE durante seis meses, durante los cuales la empresa no puede exigir de nuevo que la acreditación de la condición inicial de TRADE se mantenga. Sin embargo, no queda claro si se

trata sólo de un mero requisito formal pues la norma reglamentaria dice que tal garantía lo es «sin perjuicio de las acciones judiciales oportunas en el supuesto de controversia derivada del contrato». Esto puede querer decir que aunque el trabajador hubiera perdido de hecho la condición de TRADE seguiría aplicándose la normativa específica sobre el mismo, o también que si la empresa tiene conocimiento por otros medios que el TRADE ha perdido tal condición podrá ponerlo en conocimiento del trabajador a efectos de modificar el contrato o bien como dice el artículo 2.3 del RD ejercitar las acciones judiciales oportunas en supuestos de controversias derivadas del contrato y entre ellas la que se refiere a la propia condición de TRADE.

La única excepción será la situación del TRADE sobrevenido del artículo 12.3 de la LETA, supuesto sobre el que el Real Decreto guarda silencio, por lo que habrá que estar a la LETA, o lo que es lo mismo a lo que las partes acuerden y decidan según lo previsto en el artículo 12.3 del citado texto legal. En caso de pluriempleo para un mismo cliente, con rendimientos por cuenta propia sobrevenidos, está claro en la ley que no cabría aplicar este precepto.

Conviene recordar que un mismo cliente puede, lógicamente tener a su cargo varios autónomos dependientes, pero la condición de dependiente sólo se podrá predicar respecto de un único cliente a la vez. Esto es, no se puede ser dependiente de forma simultánea de más de un cliente, pero nada impide que un mismo TRADE sea económicamente dependiente de varios clientes, de forma sucesiva. Ahora bien y precisamente porque debe ser de forma sucesiva y no simultánea, la suscripción posterior de un contrato con un nuevo cliente predominantes debe, obligatoriamente, poner fin al contrato anterior.

Este efecto extintivo se podrá producir, bien por la vía del desistimiento del TRADE, debiendo en este caso mediar el preaviso estipulado o bien *ope legis* al amparo de la letra h) del artículo 15 de la Ley 20/20074.

III. LA COMUNICACIÓN AL CLIENTE DE LA CONDICIÓN DE TRADE Y SU ALCANCE

El Real Decreto en su artículo 5 observa correctamente lo prevenido en la LETA (art. 12.2) en cuanto a la necesidad de incluir en el contrato de trabajo la propia consideración o asentimiento de la condición de TRADE respecto del cliente, así como la obligación del TRADE de comunicar las variaciones que se produzcan al respecto durante la vigencia del contrato. Y en este sentido quizás resulte innecesario que en el contrato se recuerden que se cumplen los requisitos del artículo 11 de la LETA y para ello que se declare y exprese que el autónomo reúnen todos y cada uno de los requisitos listando de nuevo cada uno de ellos. Hubiera bastado con una remisión sin más a que se reúnen los requisitos del artículo 11 de la LETA que sean exigibles según se trate de

autónomo común o de agentes comerciales en que no se exige que corra con el riesgo y ventura (disposición adicional 19.^a de la LETA y de ahí la disposición adicional 2.^a del propio RD) o, finalmente, de transportistas en que no se exigen todos (disposición adicional 11.^a de la LETA)⁴.

Una vez se reúna el requisito de ser TRADE con posterioridad a la LETA cabe plantear si mientras no se comunica al cliente tal condición para que este reconozca y asienta sobre tal condición es ya propiamente TRADE y se le aplica la LETA y el RD o no. De la LETA no se deducía que la formalización del contrato tuviera valor constitutivo. Sin embargo, el RD sí parece darle ese valor, lo que puede reducir el alcance protector de la LETA, al decir en su artículo 2.2. que el autónomo no podrá acogerse «al régimen jurídico establecido en el presente real decreto de no producirse tal comunicación». También a efectos del encuadramiento en la Seguridad Social la disposición final segunda exige la presentación de «la copia del contrato celebrado entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, una vez registrado en el Servicio Público de Empleo Estatal y copia de la comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal de la terminación del contrato registrado», ya que la consideración como TRADE comporta obligaciones específicas en materia de Seguridad Social, como, por ejemplo, posibles bases de cotización diferenciadas (art. 35.2 de la LETA) y la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales (art. 26.3 primer párrafo de la LETA), cuando no el alcance del concepto de accidente de trabajo (art. 26.3 segundo párrafo de la LETA).

Sin embargo, no se resuelve claramente la cuestión de los contratos de TRADES existentes antes de la entrada en vigor de la LETA, esto es, si se consideran ya TRADES, aun a falta del contrato específico, debiendo adaptar el vigente salvo extinción, si comunicaron tal condición y la empresa la reconoció, e incluso si, aun no habiendo comunicado tal condición, aun pueden hacerlo siempre que no transcurra el plazo de tres meses de la disposición transitoria 2.^a de la LETA, según la cual el autónomo en que concurra la circunstancia de ser económicamente dependiente «deberá comunicarlo al cliente respecto del que adquiriera tal condición, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de las citadas disposiciones reglamentarias». O del plazo establecido para transportistas y agentes de seguros por la disposición transitoria de la LETA y recordado por la disposición transitoria 2.^a del Real Decreto. Creemos que el Real Decreto podía haber precisado algo más esta cuestión y haber reconocido al menos a efectos jurisdiccionales tal condición de TRADE, pues de otro modo será polémica en los tribunales la propia cuestión de la competencia jurisdiccional cuando no se haya producido todavía la adaptación de los contratos, aunque en la propia LETA hay bases suficientes para

⁴ GOERLICH PESET, M.: «La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», *Justicia Laboral*, núm. 33, 2008, pág. 22.

entender que la condición de TRADE no depende de tal elemento formal ni la competencia de la jurisdicción social aparece condicionada a la misma ni sometida a reglas de transitoriedad, que no se prevén en la propia normativa⁵. Hay que tener en cuenta que la competencia de la jurisdicción social es una de las principales novedades de la LETA frente a la regulación anterior en que era competente la jurisdicción civil, que al suponer costas podía ser ciertamente disuasoria para la reclamación judicial de derechos de los TRADES, lo que ahora se facilita mediante este cambio competencial.

Como la LETA parece reconocer la existencia del TRADE con anterioridad a la misma e incluso con anterioridad a su desarrollo reglamentario, el Real Decreto debería haber precisado en el artículo 2.2 que en los supuestos de TRADES existentes con anterioridad al citado desarrollo reglamentario será de aplicación la LETA, aunque no se haya producido la comunicación a la empresa al no haberse aprobado el Reglamento de desarrollo. Podría haberse añadido esta precisión en la disposición transitoria primera cuando se regula la adaptación de los contratos de TRADES vigentes con anterioridad a la LETA. Ello hubiera aclarado por lo menos indirectamente la cuestión de la jurisdicción competente, toda vez que la LETA, fruto de mediaciones y negociaciones varias, no quiso ser más precisa sobre este punto para dejar que fueran los propios tribunales los que se pronunciaran sobre su propia competencia, como así ha sido. Aun así el reglamento sigue insistiendo sobre el papel esencial de la comunicación por el TRADE a la empresa de su condición, cuando tal comunicación puede producirse por la mera presentación de la demanda ante los tribunales en aquellos casos en que, por ejemplo, la empresa no haya contestado a la misma o se haya producido la extinción del contrato, por lo que los presuntos efectos «constitutivos» de la misma y de la forma del contrato no son tales, pese a que el artículo 2.2. del Real Decreto diga que «no puede acogerse al régimen jurídico establecido en este real decreto en el caso de no producirse tal comunicación».

Hay que tener en cuenta que la LETA afecta a los TRADES anteriores a su entrada en vigor en cuanto a la necesidad de adaptación según su disposición transitoria 2.^a, sin perjuicio de la extinción del contrato, y que ya empezaba a producir efectos aun sin la citada adaptación contractual en materia de Seguridad Social (Resolución de 16 de enero de 2008) o registro provisional de contratos (Resolución de 21 de enero de 2008 del Servicio de Empleo Estatal). Por todo ello podría entenderse que el contrato de TRADE ya existe y produce los efectos jurídicos de la LETA que sean directamente aplicables sin necesidad de que se haya producido todavía la formalización

⁵ Frente a dudas iniciales de algunos Juzgados de lo Social (Jerez 257/08 de 29 de mayo de 2008, Zaragoza 271/08 de 17 de octubre, Vitoria 229/08 de 14 de agosto, aunque en contra Valencia 468/2008 de 5 de agosto y 3134/08 de 8 de agosto) varias Sentencias de TSJ se han declarado competentes (TSJ Valencia n.4232/2008 de 11 de diciembre y Castilla-León/Valladolid de 29 de octubre de 2008).

o adaptación del contrato al desarrollo reglamentario mientras no haya transcurrido el plazo antes mencionado de comunicación.

Así pues debería haberse precisado mejor que el que la disposición transitoria 1.^a y 2.^a del RD diga que «los contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la LETA...producen efectos jurídicos plenos, debiendo adaptarse a lo establecido en el capítulo I de este real decreto» no debe llevar a entender que en sentido contrario que los celebrados con anterioridad a la LETA no los producirían por lo que no cabe aquí una interpretación *sensu contrario*.

En cualquier caso pese a que no está bien regulada la eficacia de la LETA sobre los contratos de TRADE anteriores a la misma, hay que valorar muy positivamente que las disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a del RD hayan interpretado la facultad extintiva contemplada por la disposición transitoria segunda de la LETA, no en el sentido de que vengan a contemplar una facultad resolutoria *ad nutum*, nueva, propia, totalmente libre, sin derecho a indemnización, derivada de una presunta cláusula *rebus sic stantibus* implícita, por cambio de circunstancias, derivada del cambio normativo, sino que se trata de una extinción de acuerdo con los principios civilistas, esto es, «sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivarse en virtud de las condiciones pactadas anteriormente al amparo de las disposiciones del derecho civil o mercantil aplicable».

IV. LOS REQUISITOS COMUNES PARA SER TRADE

En cuanto a la condición de cliente sólo se aclara que pueden serlo las personas físicas o jurídicas y aún cuando no se diga expresamente entendemos que no hay problema alguno para entender que, dentro de las personas jurídicas tienen cabida tanto las privadas como las públicas, esto es las Administraciones públicas y las personas jurídicas de Derecho Público en general ya que se habla de contrato de naturaleza civil, mercantil o administrativa.

Ahora bien, más dificultades pueden haber para incluir como clientes a otro tipo de empresarios que, como se sabe, pueden revestir múltiples formas y desde luego no se agotan con estos dos conceptos, por ejemplo las comunidades de bienes. Así, algunos autores entienden que la normativa incurre en una simplificación injustificada que debe ser resuelta a través de una interpretación más amplia y flexible para incluir a los entes sin personalidad jurídica⁶.

⁶ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La competencia jurisdiccional del orden social en relación con los trabajadores autónomos económicamente dependientes», AS, núm. 12, 2007.

El Real Decreto por otra parte se limita a recordar los requisitos establecidos en el artículo 11 de la LETA para poder adquirir la condición de TRADE y especialmente algunos, a los que el RD hace referencia de manera especial cuando se refiere a transportistas, agentes de seguros y agentes comerciales.

Así en cuanto al requisito de no tener trabajadores por cuenta ajena, resulta claro tanto en la LETA como en el Real Decreto que el TRADE no ha de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni puede contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, «tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes».

De tal forma que el legislador español ha querido ceñir este colectivo al trabajo desarrollado estrictamente de forma personal, dejando fuera a las actividades en que el autónomo es auxiliado por empleados o por empresas auxiliares que intervienen colaborando con él en el proceso productivo.

La exigencia no va referida únicamente a las actividades que realice el TRADE para el cliente principal, sino a todas las actividades profesionales que realice en su conjunto, de tal manera que no debe tener trabajadores por cuenta ajena a su cargo. Sin embargo, tampoco puede contratar o subcontratar su actividad con otras empresas o autónomos. Cabría plantear si la norma debe ser interpretada en un sentido literal, de tal modo que sí cabría el recurso a otras fórmulas de externalización, por ejemplo, las Empresas de Trabajo Temporal. Una interpretación finalista más amplia de la expresión «contratar con terceros» puede llevar a vedar asimismo cualquier fórmula de contratación de recursos humanos.

Lo mismo cabe decir respecto de la mera contratación de un familiar por cuenta ajena, especialmente al amparo de la disposición adicional 10.^a de la LETA. Tal contratación al parecer debe llevar aparejada la pérdida de la condición de TRADE, dados los términos de la ley, ya que no establece excepción alguna, ni siquiera en pequeñas empresas familiares⁷. No obstante, parece obvio que la exigencia de personalidad no se incumpliría en supuestos de sustituciones ocasionales de escasa entidad y con causa justificada, por ejemplo, por enfermedad, fiestas, vacaciones, etc. Cabe traer a colación ahora que ya el RD 2720/1998 autorizaba la contratación de interinos para sustituir a autónomos por maternidad y riesgo durante el embarazo, lo que la Ley para la igualdad (LO 3/2007) extiende también a paternidad y riesgo durante la lactancia natural, además con coste cero de cotización, tanto respecto del contratado como para el propio autónomo. Sin embargo,

⁷ BARRIOS BAUDOR, G. L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Pamplona, 2007, pág. 103. En contra se puede ver GOERLICH PESET, J. M.: «La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», *Justicia Laboral*, núm. 33, 2008, pág. 29.

si tal contratación impide la condición de TRADE, el requisito de personalidad de la prestación sería más restrictivo para los TRADE que incluso para los trabajadores por cuenta ajena, donde el carácter personalísimo de la prestación o «intuitu personae» tiene excepciones, precisamente cuando la sustituibilidad no tiene una entidad suficiente o se limita a escasas ocasiones⁸. No parece razonable que el acudir a la contratación en estos supuestos esporádicos y justificados conlleve a considerar al trabajador como autónomo ordinario.

Así, de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, se les aplicará el régimen común u ordinario de trabajador autónomo, pero, de no ser así y reunir los demás requisitos, en los términos que específicamente establece el desarrollo reglamentario para este colectivo, ahora pueden tener la consideración de TRADE.

No se ha resuelto la problemática de la cuestión de si los TRADE pueden ser titulares de establecimientos o locales o dependientes de una sociedad o ente sin personalidad de la que formen parte. Es cierto que la LETA, en su artículo 1, contempla a los autónomos que lo son por las prestaciones que desarrollan en función de su condición de socio o comunero dentro de una sociedad, separando o dejando fuera así a los TRADE en este caso. Sin embargo, no es menos cierto que posteriormente, cuando la norma hace referencia expresa a los TRADE, en el artículo 11.3, excluye únicamente el supuesto de las sociedades profesionales u otras formas de ejercicio comunitario de la profesión. Así, aún cuando se puede entender en un sentido amplio como que hace referencia a cualquier profesional autónomo⁹, lo cierto es que desde la interpretación literal del precepto parece que, sensu contrario, se admita que otro tipo de sociedades puedan tener a TRADES dependientes de ellas¹⁰. En este sentido la disposición adicional 8.^a del Real Decreto sobre profesionales en régimen societario innecesariamente declara que no se aplican a la relación contractual entre profesionales que ejerzan la profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho las especificaciones del contrato de TRADE ya que están excluidos expresamente de tal condición por el artículo 11 apartado 3 de la LETA. No obstante el profesional sí podrá adquirir la condición de TRADE respecto de otros clientes distintos de la sociedad o persona jurídica en la que esté inserto siempre que se den los demás requisitos, computándose a efectos de reunir el de la dependencia económica en los ingresos totales los que el profesional perciba procedentes de la sociedad

⁸ A título de ejemplo ver SSTS de 26 de febrero de 1986, RJ 834, 31 de julio de 1992, RJ 8898 y 22 de diciembre de 1992, RJ 10352.

⁹ BARRIOS BAUDOR, G. L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Pamplona, 2007, págs. 103 a 107.

¹⁰ En este sentido, véase a GOERLICH PESET, J. M.; «La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos», *Justicia Laboral*, núm 33, 2008, pág. 23.

o persona jurídica. Se trata de una precisión importante la que lleva a cabo el Real Decreto ya que viene a interpretar el artículo 11 apartado 3 de la LETA de manera más abierta que lo que propiciaba el precepto estatutario que parecía muy concluyente al negar la posibilidad a los profesionales de ser TRADES cuando ejercieran la profesión conjuntamente en régimen societario o bajo otra forma jurídica, pues la LETA hablaba de que «en ningún caso» tendrían la consideración de TRADE mientras que según el Real Decreto en su disposición adicional 8.^a sí que permite que en ciertos casos, cuando trabajen para otros clientes, pueden ser TRADES respecto de los mismos, si reúnen los demás requisitos, interpretando que la exclusión de la condición de TRADE sólo se produce respecto de la sociedad o persona jurídica en la que está inserto.

De cualquier forma, en la práctica, cabe recordar que el TRADE deberá cumplir todos los requisitos exigidos por la normativa y se hace difícil imaginar a un socio de una sociedad con personalidad jurídica, ostentando infraestructura propia o criterios organizativos propios, etc., respecto a la sociedad. Tal vez, en los entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de bienes, donde a pesar de la condición de comunero del TRADE, la falta de personalidad jurídica del ente, haría más fácil la concurrencia de estos requisitos¹¹.

En cuanto a disponer de un establecimiento o local comercial, el Estatuto excluye expresamente a «los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho» (art. 11.3). Se ha interpretado como que la mera titularidad de un negocio o explotación, si no lleva aparejada un aportación efectiva de actividad a efectos de admitir la existencia de un trabajo autónomo económicamente dependiente¹². Asimismo, como argumento alternativo, también se ha señalado que la exclusión se basa en el hecho de que quién tiene establecimiento abierto al público no puede depender económicamente de un sólo cliente¹³.

Sin embargo, si partimos del primer argumento, la citada exclusión sería innecesaria, en cuanto que es obvia *per se* la conclusión y la segunda exposición, no es una regla general infalible, pues, aún cuando será lo habitual y lo lógico pensar así, pueden existir pequeños negocios abiertos al público, pero que dependan, no obstante, de un cliente. Precisamente por esto último, parece más razonable pensar que lo que busca el legislador es proteger esta apariencia, esto es, que las empresas que acudan a un establecimiento

¹¹ GOERLICH PESET, J. M.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Valencia, 2007, pág. 44.

¹² MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Comentarios a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo», *RL*, núm. 20, 2007, pág. 98.

¹³ BARRIO CALLE, M. A.: «Regulación legal de los trabajadores autónomos dependientes», *AS*, núm. 12, 2007.

abierto al público no se encuentren con la indeseada sorpresa de que el proveedor se le declara como económicamente dependiente y exige las obligaciones que ello conlleva¹⁴.

Así, lo verdaderamente importante será que el autónomo ofrezca sus servicios a través de un establecimiento abierto al público, entendiendo esta noción desde una perspectiva amplia, como la publicidad de sus servicios a través de cualquier forma pública, desde la existencia de un local físico, efectivamente abierta al público, hasta anuncios en guías telefónicas o vía Internet y que esta haya sido la forma en que efectivamente se haya captado al cliente.

V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS TRANSPORTISTAS

La LETA no exige a los transportistas los mismos requisitos que para los demás autónomos para adquirir la condición de TRADE. Así, de todos los del artículo 11.2 y 2 de la LETA, la disposición adicional 11.^a de la LETA exige que éstos cumplan sólo con los requisitos del artículo 11.1 y de la letra a) del artículo 11.2, no los restantes, por lo que está claro que no cabe exigir a transportistas el requisito de que no ejecuten su trabajo de manera indiferenciada con los trabajadores propios de la empresa que pudieran llevar a cabo servicios de transporte, ni que tengan infraestructura propia, si bien es necesaria la tarjeta de transporte y la propiedad o posesión o poder directo sobre el vehículo de acuerdo con el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco cabe exigir ni la presencia de criterios organizativos propios, ni que la remuneración sea por resultado, ni especialmente que no sean titulares de establecimiento industrial o comercial ni formen parte de una sociedad, sea cooperativa u otra forma jurídica.

El Real Decreto en su disposición adicional 1.^a se refiere al juego especial de los requisitos del TRADE en transportistas afirmando que lo hace de acuerdo con lo previsto en la citada disposición adicional 11.^a de la LETA. No obstante, en este punto el Real Decreto es claramente ilegal en relación con la LETA cuando no menciona que los requisitos de la letra g) del artículo 5.2 no son exigibles al colectivo de transportistas. En efecto, el artículo 12.2, salvo la letra a) y el artículo 12.3 de la LETA, no resultan aplicables a estos TRADES por expreso mandato de la disposición adicional 11.^a de la LETA, que sólo menciona los requisitos del artículo 11.1 y del artículo 12.2 letra a). Sin embargo, esto ha sido pasado por alto por la disposición adicional 1.^a del Real Decreto que dice que quedan excluidos de la aplicación de las letras a), b) y c) del artículo 5.1 y de la letra d) del artículo 5.2 de este RD, cuando

¹⁴ En este sentido, *vid.* GOERLICH PESET, J. M.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *op. cit.*, pág. 57.

también debería estar excluido de la letra g), esto es, del requisito de no ejercer la profesión conjuntamente con otros profesionales en régimen societario o bajo cualquier otra fórmula jurídica admitida en derecho, lo que es frecuente al constituir los transportistas Cooperativas de servicios siendo esta la que aporta la tarjeta de transporte y no cada autónomo individualmente. A mi juicio pese a lo que afirme el reglamento de desarrollo de la LETA los transportistas con vehículo propio pueden ostentar la condición de TRADE aún cuando concurren con otros transportistas por cuenta ajena de la empresa, no desarrollen su actividad con criterios organizativos propios, sino, por ejemplo, en el marco de una Cooperativa de servicios que sea titular de las tarjetas de transporte¹⁵ pese a lo que venga a omitir la disposición adicional primera del Real Decreto.

VI. ESPECIALIDADES DE LOS AGENTES DE SEGUROS

La amplia remisión al desarrollo reglamentario contemplada en la disposición adicional 17.^a de la LETA respecto de los agentes de seguros que sean TRADES permite una regulación como la que lleva a cabo el Real Decreto en los arts. 9 y siguientes. Parece lógico en coherencia con el artículo 11.2.a) de la LETA que se excluya de la figura de TRADE a los agentes de seguros que hayan suscrito un contrato mercantil con los auxiliares externos de conformidad con el artículo 8 de la ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, sin perjuicio de la cuestión de si tal contrato es mercantil o laboral.

El tema de la naturaleza de la relación de agentes ha sido ampliamente tratado por la Jurisprudencia que, en términos generales, viene afirmando la naturaleza civil y no laboral de la relación jurídica de agencias de seguros. Desde la ya viejas sentencias de TS de 23-3-1995 (RJ 1995, 2769) y 2-7-1996 (RJ 1996, 5631), hasta la más reciente jurisprudencia de 18-4-2001 (RJ 2001, 5115), 14-5-2001 (RJ 2001, 5207), 28-6-2001 (RJ 2001, 6845) y 2-10-2001 (RJ 2001, 8976) se viene manteniendo de modo inequívoco que la relación jurídica de agentes de seguros es mercantil y sustraída, por tanto, al orden jurisdiccional Social.

Sin embargo, nada aclara la normativa de desarrollo, precisamente sobre la naturaleza de la relación de esos auxiliares externos. Así, en su momento, el artículo 7.3 de la Ley 9/1992, establecía la posibilidad de que los agentes de seguros utilizaran servicios de subagentes, que colaborarán con ellos en la formación y mediación de seguros en los términos que se acuerde en el

¹⁵ Posibilidad que ha sido admitida por STS de 5 de junio de 2006, RJ 4994 y por la doctrina. *Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J.: *Las Cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, 2006, pág. 216.

contrato. No obstante la jurisprudencia mantenía que de éste precepto no podía deducirse que el legislador hubiera atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general. Los Tribunales se han esforzado en poner de relieve la distinta condición del agente y del subagente de seguros, enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero, lo que puede dar lugar, conforme a la Sentencia de 16-2-1998 (RJ 1998, 1809), a la existencia de una propia relación laboral, cuyo conocimiento ha de recaer en el ámbito del orden jurisdiccional social (TS de 15-10-2001 (RJ 2002, 1503), de 12-6-2006 RJ 3376, 8-11-2006 RJ 7815 y 6-2-2007 RJ 3341).

No obstante, de nuevo el legislador, por su parte, ha intervenido recientemente en lo que parece otro intento de deslaboralizar la relación de los subagentes y auxiliares en general, consolidada como hemos visto por la jurisprudencia, a través de la nueva Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, Ley 26/2006, de 17 de julio. Al establecer ahora claramente su artículo 8 que «los mediadores de seguros podrán celebrar contratos mercantiles con auxiliares externos que colaboren con ellos en la distribución de productos de seguros actuando por cuenta de dichos mediadores y podrán realizar trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, sin que dichas operaciones impliquen la asunción de obligaciones».

De este modo, de confirmarse la relación mercantil por la jurisprudencia, sin duda será aplicable el Estatuto del Autónomo, y especialmente la figura del TRADE lo que supondrá un replanteamiento de los problemas que ha encontrado este colectivo en relación con su inclusión en el RETA, en aquellos casos en que sus rendimientos no alcanzaba el SMI, esto es, si en tales casos se daba la nota de habitualidad, al realizar un trabajo marginal.

Sin embargo, tanto la LETA como el Real Decreto sólo menciona a los agentes y no hablan para nada de los auxiliares externos cuando lo podían haber hecho por lo que puede ser un argumento a favor de interpretar de acuerdo con la LETA que la ley 26/2006 no habría venido a alterar la condición de los subagentes de seguros y su carácter laboral según la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo.

La regulación de los TRADES agentes de seguros es especial por lo que ha de tener en cuenta en numerosos aspectos la normativa de seguros y su remisión (art. 10 de la ley 26/2006) al contrato de agencia. De ahí que el Real Decreto traduzca y adapte las previsiones del contrato de agencia a la LETA y viceversa, en cuanto a los requisitos para ser TRADE y a la extinción contractual (art. 15.2 de la LETA).

No obstante, hay que proceder a alguna matización y precisión. Así el artículo 11 del Real Decreto parece contemplar que en el contrato de agen-

cia puedan preverse procedimientos de solución de conflictos como la mediación o el arbitraje. Así se contempla en el artículo 18 de la LETA para los TRADE. Sin embargo, para evitar dudas se precisa que todo ello lo es sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17, esto es, de la competencia de la jurisdicción social. Y debía haberse añadido también si lo es sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional 1.^a.5 de la LETA, en cuanto a que el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o el órgano que asuma estas funciones se configura como un requisito procesal previo también para los agentes de seguros. La respuesta debe ser afirmativa pues no debe parecer que el artículo 11 del RD, dada la amplia revisión reglamentaria, al configurar el recurso a la mediación o arbitraje lo considere en cualquier caso de carácter voluntario incluso a efectos procesales.

De otra parte hay que recordar que con carácter general se exige que el TRADE no ejecute su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente. En consecuencia, los trabajadores autónomos no deben realizar idénticos trabajos que los trabajadores pertenecientes a la plantilla, mezclados unos con otros, codo a codo si se prefiere, en puestos de trabajo de la misma empresa. Esto en realidad es una consecuencia de no poseer y utilizar una infraestructura propia para realizar la correspondiente actividad. Sin embargo, no obsta a este requisito que el autónomo deba coordinarse con la actividad que desempeñan los propios empleados de la empresa. Esto puede ser una circunstancia inevitable y no concluye a que el ejercicio de la actividad profesional se realice de manera indiferenciada con la desenvuelta por los trabajadores asalariados de plantilla.

En cualquier caso, el desarrollo reglamentario aclara que el cumplimiento de las indicaciones técnicas que los agentes de seguros autónomos económicamente dependientes puedan recibir de la entidad aseguradora para la que presten sus servicios, así como el uso de la documentación, material, herramientas e instrumentos proporcionados por la entidad aseguradora a aquéllos no supondrá que tales agentes de seguros ejecuten su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

En cuanto al requisito del TRADE de desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente, en el caso de los Agentes de Seguros el nuevo Real Decreto de desarrollo aclara que se considerarán indicaciones técnicas, entre otras, las relacionadas con su actividad, especialmente las que deriven de la normativa interna de suscripción y de cobertura de riesgos de la entidad aseguradora, de la normativa de seguros privados, de la normativa de protección de datos de carácter personal, de blanqueo de capitales u otras disposiciones de obligado cumplimiento.

VII. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

En cuanto al contenido del contrato, otro de los aspectos fundamentales de desarrollo reglamentario del artículo 12 de la LETA, el Real Decreto en su artículo 4 recoge algunos aspectos de los derechos mínimos del TRADE contemplados en la LETA (art. 14, 15 y 16) y que cabía interpretar en el sentido de que debían recogerse en el contrato o podían recogerse en el mismo (como la duración, según el artículo 12.4 de la LETA): así ha de establecerse junto a los aspectos digamos convencionales y propios de cualquier contrato, como las partes, el objeto, la causa, contenido de la prestación, la contraprestación económica del autónomo, otros propios de esta modalidad contractual, como el régimen de interrupción anual de la actividad, descanso semanal, festivos, jornada máxima y su distribución semanal, preaviso, indemnizaciones y el acuerdo de interés profesional que en su caso sea aplicable siempre que el TRADE dé su conformidad de forma expresa. Esto último no creemos que deba interpretarse en el sentido de que sea posible imponer en el contrato la renuncia a la aplicación de un acuerdo de interés profesional, sino que se trata a mi juicio de un aspecto meramente informativo a la contraparte, no algo negociable.

No se exige que en el contrato se indique el horario, salvo cuando haya que proceder a su adaptación si se trata de una trabajadora víctima de violencia de género. Es cierto que la LETA no lo exige en el artículo 14, que se limita a decir que «el horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del TRADE». Cabría por ello plantear si debería incluirse el horario, al menos en ciertas actividades, o no. Si no se incluye, se otorgan a la empresa grandes márgenes a la hora de la fijación y modificación, sin que no por ello incumpla el contrato. Si se incluyera, podría controlarse si permite la citada conciliación y en caso de modificación se estaría ante una modificación del contrato que exigiría el acuerdo del trabajador.

En cuanto a la interrupción anual, es decir, a las vacaciones está claro que el contrato debe respetar el mínimo de 18 días efectivos de trabajo anuales (o la parte proporcional en su caso), por lo que probablemente no haga falta que el proyecto de RD recuerde que debe respetar los mínimos establecidos en el artículo 14.1 de la LETA.

También se contempla, si bien sólo como posibilidad, la duración del preaviso en caso de extinción del contrato por cualquiera de las partes, pues así se configura también en el artículo 15 de la LETA, de manera que si nada se estipula habrá que acudir a los usos o costumbres. También cabe estipular nuevas causas de interrupción o extinción distintas a las previstas en la LETA. Y también se prevé que se pueda pactar «la fecha de comienzo y duración de la vigencia del contrato y de las respectivas prestaciones» pues pueden no coincidir.

Y además cabría pactar- lo que no contempla el RD, pero lógicamente tampoco se impide- que determinadas causas de interrupción que puedan dar lugar a la extinción del contrato, no se apliquen como causas extintivas (por ejemplo, IT, maternidad, paternidad) o, de producirse la extinción, que den lugar a abono de una indemnización, pese a que ocasione un perjuicio grave al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de la actividad, mejorando lo establecido en el artículo 16.3 de la LETA.

Se precisa también que en el contrato podrá pactarse la indemnización que deba abonar el trabajador cuando su dimisión cause un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de la actividad el cliente o incluso la sustitución de esta indemnización por plazos de preaviso especiales, más amplios. En cualquier caso hay que tener en cuenta que cabe estipular una indemnización para el trabajador incluso aun cuando la empresa pruebe o acredite perjuicio o perturbe el normal desarrollo de la actividad. Ahora bien en ningún caso esta indemnización impediría que, de no acreditarse por la empresa tales extremos, resultara de aplicación el artículo 15.4 de la LETA en caso de resolución del contrato por el cliente sin causa justificada. Es decir, la previsión de aquella indemnización no supone que no deban justificarse los perjuicios derivados de las interrupciones de la actividad.

En cuanto a la indemnización por extinción del contrato conforme a lo previsto en el artículo 15 de la LETA, esto es, por el cliente sin causa justificada, el artículo 15.4 de la LETA autoriza a que se fije en el contrato individual o en los acuerdos profesionales. El RD interpreta que si se fija en el acuerdo parece que ya no puede estipularse en el contrato individual, ni siquiera para mejorar la prevista en el acuerdo profesional. En efecto, el artículo 4.3.c) del Real Decreto dice que las partes podrán incluir en el contrato la cuantía de la citada indemnización «salvo que tal cuantía venga determinada en el acuerdo de interés profesional aplicable», que por otra parte debe mencionarse en el contrato. Es cierto que el acuerdo de interés profesional no tiene eficacia directa sino que según el artículo 13.4 de la LETA exige para que sea aplicable el consentimiento de los afectados con lo que sería ya de por sí un manifestación de adhesión individual, que haría innecesaria una ulterior negociación de la indemnización en el contrato individual. Y por eso el artículo 15.4 de la LETA habla de que se fije en el contrato o en el acuerdo de interés profesional. Pero de ello no cabe deducir que tales instrumentos operen de manera alternativa y excluyente. Por todo ello pensamos que el Real Decreto, al menos teóricamente, no debe impedir que se contemple la negociación de la indemnización en el contrato individual, aunque exista acuerdo de interés profesional, siempre que resulte más beneficiosa que la fijada en el acuerdo.

En defecto de acuerdo de interés profesional, debe contemplarse en el contrato una indemnización cuya cuantía a mi juicio no puede ser inferior a

la que resultaría de ponderar adecuadamente el tiempo restante de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador autónomo vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción. No vale por tanto pactar cualquier indemnización, sino que, si la indemnización pactada individualmente no tuviera en cuenta tales criterios, podría entenderse como no puesta. Es decir, aunque se haya pactado una indemnización no por ello es excusa para que en una controversia judicial el magistrado pueda entrar a valorar su adecuación.

VIII. DURACIÓN DEL CONTRATO

En cuanto a la duración del contrato el Real Decreto parece coherente con el artículo 12.4 de la LETA cuando dice que si no se ha fijado una duración se entiende celebrado por tiempo indefinido. Sin embargo, no parece justificado que, si no se precisa la duración, ésta deba surtir efectos sólo desde la fecha de formalización. No queda claro si el Real Decreto quiere referirse a la falta de forma del contrato o la falta de previsión en el mismo, una vez formalizado, de una cláusula de duración. Si se interpreta en el primer sentido, se reforzaría la idea de que la forma resulta constitutiva incluso a efectos de la duración del contrato. De esta manera se haría una interpretación restrictiva y formalista del contrato que se añade a la ya señalada antes a propósito de la disposición transitoria primera y del artículo 2.2 del RD. Ya se señaló antes como la LETA permite una interpretación no constitutiva de la forma. Si se tiene en cuenta que por lo que a la duración se refiere el propio artículo 4 del Real Decreto al admitir prueba en contrario deja abierta la puerta a que pudiera probarse que se viene realizando la prestación desde fecha anterior. Aun así el precepto es poco claro y al hablar de la formalización debería haber dejado claro que se refiere no a la del contrato, sino sólo a la existencia o no de cláusula específica en el mismo respecto a la duración. Parece referirse a la segunda pero debería haberse precisado mejor.

Así pues la duración del contrato de los TRADE será la pactada por las partes, sin mayores limitaciones. No obstante, por la aplicación supletoria de la normativa común de contratación y la propia específica de la Ley 20/1997, que en el artículo 15.1.b) recoge como causa válida de extinción del contrato, las consignadas válidamente, pero exceptuando el abuso de derecho manifiesto, habría que plantear si puede darse una situación abusiva en los supuestos de contratación temporal, esto es, en caso de situaciones permanentes de encadenamiento de contratos temporales, cuando el servicio contratado se prolongue en el tiempo, con la única finalidad de evitar una mayor duración del contrato a efectos indemnizatorios.

IX. MODELO DE CONTRATO, SU REGISTRO Y DERECHOS DE INFORMACIÓN

Frente a la libertad de forma que rige en la contratación para el resto de autónomos, para el TRADE se exige que el contrato se celebre por escrito para que tenga validez jurídica y para su perfeccionamiento.

El Real Decreto establece un modelo de contrato de TRADE que recoge lo contemplado en el propio Reglamento. La disposición adicional 6.^a del proyecto de RD dice que el modelo tiene un carácter meramente «indicativo». Lo que no se precisa es si tal carácter es general para todo tipo de contrato de TRADE o sólo para transportistas y agentes comerciales. Quizás debería dejar algún espacio para que pudieran estipularse otras cuestiones como las que se han planteado a lo largo de este trabajo sobre interrupción y extinción del contrato u otras condiciones de trabajo, como el horario. No obstante, si se concluye que el modelo es «indicativo» para todos los contratos ya no habría ningún obstáculo para insertar las citadas cláusulas.

Así, el paralelismo entre la regulación del contrato del autónomo dependiente y el del trabajador por cuenta ajena prevista en el ET es evidente. Si bien, también lo son las mayores garantías que ofrece el ET para los segundos. En efecto, pues nada se establece para los TRADES para la falta de forma del contrato. Además, lo que es más grave todavía es que ahora el desarrollo reglamentario tampoco ha añadido nada respecto de estas cuestiones.

La forma escrita no debe entenderse como un requisito *ad solemnitatem*, como ya se señaló más arriba, pues dejaría en manos de la empresa la aplicación o no de dicho régimen, ya sea por desconocimiento o de forma deliberada, sería tan sencillo como no formalizar el contrato. Sin embargo se debe volver a reseñar que ni la Ley, ni ahora el desarrollo reglamentario, señalan esta consecuencia; es más, como hemos visto, no expresan consecuencia alguna derivada de la falta de forma. De este modo, no parece aceptable que en estos casos la consecuencia sea la aplicación del régimen de trabajo autónomo ordinario o común y la no aplicación del régimen más proteccionista del TRADE, pues no hay que olvidar que el propio artículo 7.1 de la LETA establece que cualquiera de las partes podrá exigir en cualquier momento la formalización del contrato por escrito. En consecuencia, si el trabajador le comunica al cliente su dependencia respecto de él y éste se negara a la formalización del contrato esto no conllevaría la pérdida de la condición de TRADE, sino el presupuesto para reclamar el reconocimiento de dicha condición, bien a través de los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos, bien en vía judicial.

En cualquier caso, se aplicará asimismo, de forma supletoria, la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa regula-

dora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo, conforme al propio artículo 3 del Estatuto, que excluye, además, expresamente la aplicación del ET salvo que una disposición legal lo disponga expresamente.

En cuanto al registro del contrato pese a que la LETA no precisaba quién era el sujeto obligado el Real Decreto en el artículo 6.1 convierte al propio autónomo en el obligado principal y a la empresa cliente en obligada subsidiaria, lo que parece razonable dada la naturaleza no laboral del contrato de los TRADES.

En efecto el Real Decreto de desarrollo establece que el contrato deberá ser registrado por el trabajador autónomo económicamente dependiente en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su firma, comunicando al cliente dicho registro en el plazo de cinco días hábiles siguientes al mismo. Transcurrido el plazo de quince días hábiles desde la firma del contrato sin que se haya producido la comunicación de registro del contrato por el trabajador autónomo económicamente dependiente, será el cliente quien deberá registrar el contrato en el Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de diez días hábiles siguientes. El registro se efectuará en el Servicio Público de Empleo Estatal, organismo del que dependerá el registro de contratos para la realización de la actividad económica o profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

No parece que el posterior registro del contrato sea constitutivo para la validez del contrato, sino más bien supondrá una infracción administrativa¹⁶. Además, se declara expresamente que no tendrá carácter público. De esta forma, es evidente que no tendrán acceso al mismo los particulares. No obstante, no parece tan lógico que dicho carácter implique asimismo la imposibilidad del propio cliente de consultar al mismo, pues este ya no es particular, en general, sino más bien, interesado en particular, con un legítimo interés, cual es verificar la efectiva condición de dependencia económica que le obliga aplicar el especial régimen de TRADE y que comporta mayores obligaciones para el cliente. En efecto, pues repárese que el cliente no tiene otra forma eficaz de saber si concurre la condición de dependencia, a excepción de la obligada comunicación de tal hecho por parte del propio trabajador, de ahí que se debe hacer constar expresamente en el contrato y en el propio registro de manera expresa ya que en el registro deben especificarse los extremos obligatorios del contrato que se mencionaron más arriba. No obstante, la propia LETA deja asentado que esta condición de dependencia sólo se puede ostentar respecto de un único cliente a la vez, nunca de forma simultánea. Ahora bien, esto deberá comportar forzosamente que el propio trabajador deberá ser veraz a la hora de realizar estas comunicaciones, especialmente los cambios sobrevenidos, esto es, cuando un

¹⁶ GOERLICH PESET, J. M.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Valencia, 2007, pág. 109.

cliente deja de ser el predominante y lo pasa a ser otro. Podría existir la tentación, especialmente en estos últimos casos, a obviar la comunicación de tales cambios, para no perder las ventajas que conlleva el régimen del TRADE.

Precisamente por ello, no parece nada descabellado que los clientes, como parte con un interés legítimo, puedan acceder al registro para comprobar en cada momento si el trabajador autónomo figura inscrito como TRADE para otro cliente o no. Entre otras cosas, porque los datos más sensibles del TRADE, dirección, D.N.I., etc., ya los conoce el cliente, al figurar en el contrato que han celebrado. Es cierto que de funcionar correctamente el registro, esta circunstancia descrita no debería ser posible, pues en tal caso se debería lógicamente denegar la segunda inscripción de un autónomo que ya figure inscrito como TRADE. Sin embargo, desgraciadamente, no es menos cierto que la práctica nos demuestra otra realidad, por ejemplo con el funcionamiento del registro de los contratos laborales en los Servicios de Empleo.

Los datos estadísticos del registro de los contratos se comunicarán por el Servicio Público de Empleo Estatal al Consejo del Trabajo Autónomo (art. 6.5 del Real Decreto).

En cuanto a la información de los contratos a los representantes legales de los trabajadores la regulación contenida en el Real Decreto (art. 7) es coherente con lo previsto en la LETA y salvaguarda los derechos del trabajador a la protección de datos y al efecto extiende a estos contratos los deberes de confidencialidad de los representantes leales y miembros del Comité de Empresa de los arts.62.2. y 65 del Estatuto de los trabajadores. De no haberse contemplado este derecho de información por la LETA probablemente se hubiera exigido de todos modos en virtud de una aplicación analógica del artículo 42.4 del propio Estatuto de los Trabajadores.

El Real Decreto, al no prever nada la LETA, y dada la reserva legal en la materia, no puede contener régimen sancionador alguno, esto es, no contempla infracciones ni sanciones por incumplimientos de obligaciones de las partes en orden a formalización del contrato por escrito, registro, información a los representantes legales de los trabajadores, inscripción en el registro de las asociaciones profesionales. En cuanto al incumplimiento por el cliente de las obligaciones del artículo 8 de la LETA habrá que estar a la normativa de prevención de riesgos laborales.

X. PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Hay que valorar muy positivamente la inclusión en el contrato de la manera en que se hará efectivo el derecho del TRADE a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo. Lo que

ya no resulta tan positivo es que la inclusión de tales aspectos sea facultativa según el artículo 4.3.d) del Real Decreto. Es cierto que el artículo 4.3.e) de la LETA configura este derecho con carácter general y que no concreta quién debe garantizarlo, el Estado, el empresario, o ambos. Por otro lado los deberes del cliente en materia de seguridad y salud laboral no dan lugar a una deuda de seguridad de origen contractual, sino sólo legal y cuando se den los requisitos del artículo 8.3, 4 y 5 de la LETA, por lo que en tales casos sí deberían precisarse obligatoriamente los deberes del cliente en relación con el TRADE ya sea en el contrato o en otros documentos o instrucciones anexas mediante los cuales se lleven a cabo los deberes de cooperación o de vigilancia en materia de prevención y salud laboral del cliente.

XI. EL REGISTRO ESTATAL DE ASOCIACIONES PROFESIONALES

El Real Decreto regula en su capítulo III el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de trabajadores autónomos (arts. 12-20). En este punto únicamente queremos realizar tres observaciones.

La primera es que el Real Decreto se refiere a la obligación de inscripción no sólo de las asociaciones profesionales en sentido estricto sino también de las Federaciones, Confederaciones o Uniones, aunque el artículo 20 de la LETA no las mencione.

La segunda es que el RD precisa el criterio por el que se entiende que una Asociación profesional desarrolla su actividad principalmente en una Comunidad Autónoma a que se refiere el artículo 20.3 de la LETA: cuando más del 50 % de sus asociados estén domiciliados en la misma. Es difícil precisar si el porcentaje debería ser más alto, pues con el actual basta con el 51 % para que la inscripción sea a nivel autonómico y no estatal.

La tercera es que la redacción de la disposición adicional tercera del Real Decreto plantea algunas dudas e incorrecciones. La cuestión se refiere a las asociaciones profesionales existentes con anterioridad a la LETA. Mientras que según la disposición transitoria primera de la LETA las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos constituidas en aplicación de la legislación anterior conservarán su reconocimiento a todos los efectos quedando automáticamente convalidadas, sin perjuicio de que en el plazo de seis meses tras la entrada en vigor de la presente ley deban adaptar sus estatutos a lo previsto en ella e inscribirse en el registro correspondiente, en cambio según la disposición adicional tercera del proyecto de RD sólo se entenderán convalidadas si además cumplen los requisitos de la LETA y se inscriben en el Registro Estatal de Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. Esta redacción puede contravenir lo establecido en la disposición transitoria primera de la LETA pues para su convalidación no precisa de las adaptaciones de sus estatutos, ni de su inscripción, sino que opera

automáticamente tras la LETA sin perjuicio de que estas se lleven a cabo con posterioridad.

XII. VALORACION FINAL

La valoración general del Real Decreto permite destacar los siguientes aspectos:

- Precisa con claridad en general el concepto de TRADE y de la dependencia económica.
- Recuerda las especialidades de estos requisitos en transportistas y agentes comerciales.
- Lleva a cabo una interpretación de la disposición transitoria 2.^a muy respetuosa con los principios generales de la contratación.
- Desarrolla adecuadamente las especialidades de los agentes de seguros teniendo en cuenta la normativa de seguros y del contrato de agencia.
- Precisa los sujetos obligados al registro del contrato.

No obstante, el RD puede ser objeto de las siguientes críticas o consideraciones:

- No deberían computarse a mi juicio los rendimientos de trabajo por cuenta ajena con el mismo cliente, aunque la LETA da pie para una interpretación amplia que permitiría su cómputo
- No hace falta que en el contrato se reconozca que se dan uno a uno los requisitos para ser TRADE sino que sería suficiente con decir en el contrato que se reúnen los requisitos contemplados en la LETA, esto es, con una mera remisión.
- No clarifica si se debe incluir con carácter general el horario en el contrato
- No debe interpretarse en el sentido de que no pueda pactarse una indemnización por extinción que mejore la prevista en el acuerdo de interés profesional
- No ha precisado que ciertos supuestos interruptivos no den lugar a extinción o en caso de que ésta se produzca pueda estipularse en el contrato una indemnización.
- No precisa mejor los efectos de la falta de estipulación del contrato sobre la duración del mismo
- No resuelve bien la cuestión de la acreditación de la condición de TRADE durante el plazo de seis meses desde la anterior acreditación

- No establece que en ciertos supuestos, como los del artículo 8 de la LETA la cláusula contractual sobre seguridad y salud laboral sea preceptiva
- No precisa como se aplica el LETA a los contratos de TRADES anteriores a la misma en cuanto a los aspectos laborales o profesionales, incluso cuando no se haya comunicado al cliente todavía la condición de TRADE.
- La disposición adicional tercera sobre la convalidación automática de las asociaciones profesionales existentes a la entrada en vigor de la LETA no es conforme con la misma.
- Respecto de los requisitos para ser TRADE de los transportistas el Real Decreto en su disposición adicional primera incurre en ilegalidad manifiesta en comparación con la disposición adicional 11.^a de la LETA.