



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por:

Adrián Sampietro Trallero

Con objeto de

Falso Autónomo, Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo y
Garantía Indemnidad

Director

Prof. Dr. Manuel Álvarez Alcolea

Año

2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I. ANTECEDENTES DE HECHO	4
II. CUESTIONES PLANTEADAS.....	7
III. NORMATIVA APLICABLE.....	8
IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	9
1. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA.....	9
1.1 Trabajador por cuenta ajena	9
1.2 Trabajador autónomo y TRADE.....	10
1.3 Falso autónomo.....	12
1.4 Relación Uber-Mouve-Trabajador.....	15
1.5 Realidad laboral del Sr. Allué.....	18
2. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL SR. ALLUÉ.....	23
2.1 Concepto Y Tipos De Modificación de Condiciones De Trabajo.....	23
2.2 Modificación Sustancial Condiciones De Trabajo: Presupuestos Y Sustancialidad.....	24
2.3. Realidad Práctica	28
3. GARANTÍA DE INDEMNIDAD	30
3.1 Indemnidad, Tutela Judicial Efectiva y desarrollo jurisprudencial.....	31
3.2 Proceso de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.....	32
3.3. Aplicación Al Asunto.....	33
4. ESTRATEGIA PROCESAL RECOMENDADA	35
4.1 Acciones a ejercitar.	35
4.2 Posible Despido Colectivo	38
V. CONCLUSIONES	39
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	42

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

LRJS: Ley Reguladora Jurisdicción social.

LETA: Estatuto del Trabajo Autónomo.

TRLISOS: Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TRADE: Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 20 marzo acude a nuestro despacho el Señor Carlos Allué, mayor de edad, provisto de D.N.I 99999999-A y domicilio a efecto de notificación en Avenida de la Primavera, nº9, 9º izda., de Hospitalet de Llobregat (08040) y teléfono de contacto 999 99 99 99, en busca de asesoramiento jurídico en relación con su situación laboral.

El Sr. Allué inicio su relación laboral en calidad de trabajador por cuenta propia como conductor de una empresa tenedora de licencias VTC llamada MOUVE CARS TRANSPORT PEOPLE S.L., (en adelante Mouve). La relación se formalizó mediante contrato firmado por las partes haciendo costar que el Sr. Allué realizaría su trabajo en condición de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de la modalidad TRADE, y además que la actividad económica tendría las siguientes características: ejercida a título lucrativo, habitual, personal, directa y por tiempo indefinido. En el contrato de prestación de servicios se pactó que “Mouve” proporcionaría un automóvil y un teléfono móvil. El Señor Allué accedía a la aplicación de la plataforma de movilidad Cabify, a través del móvil proporcionado, desde la cual se reciben las ordenes de recogida de clientes. Las condiciones laborales pactadas en contrato eran las siguientes: 1.790 horas anuales (40 horas semanales), un mínimo de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente y una retribución de 70,12 euros diarios brutos. El trabajador cursó alta en el RETA con efectos del 1/02/2017 y una base de cotización de 893,10 euros.

El Sr. Allué se encontraba bajo la dirección del Jefe de la base de Hospitalet de Llobregat quien distribuía los turnos y los horarios de trabajo. Durante el primer año “Mouve” prestaba todos sus servicios de transporte a través de la plataforma “Cabify”. Al finalizar el año 2017 “Mouve” pasó a la utilización de la plataforma “Uber”. El trabajador recibió una comunicación a través de un grupo de WhatsApp en la que se exponía que a partir el 1 de enero de 2018 la aplicación a utilizar sería “UBER”.

SEGUNDO.- Tras el cambio de plataforma (Cambio a UBER) El Jefe de Base informó de una serie de modificaciones en las condiciones pactadas en contrato. Los conductores debían llevar un traje totalmente negro proporcionado por “Mouve”, anteriormente los conductores elegían libremente su vestimenta. También debían llevar

botellines de agua y frutos secos que debían recoger en la base de Hospitalet de Llobregat. Se justificó por parte de “Mouve” como una exigencia de “Uber”.

En febrero de 2018, la empresa modificó por completo el sistema de trabajo y salario.

1. “Mouve” dejó de fijar horarios de trabajo y turnos. Los trabajadores tendrían libertad para elegir sus horarios de trabajo.
2. El Señor Allué debía recaudar 3000 euros mensuales. Y de cada euro ingresado por encima de los 3000 euros, el conductor ingresaría 25 céntimos. No superar el mínimo de facturación sería causa de despido inmediato.
3. El Señor Allué tendría asignado un vehículo que solo utilizaría él, estando el mantenimiento mecánico a cargo de la empresa Mouve así como la limpieza.

No se formalizó nuevo contrato en el que se recogiera la estructura de la nueva retribución. Desde el Jefe de Base se justificó como una exigencia de UBER y que “no tenían más remedio que cambiar el sistema”. El Señor Allué aceptó las modificaciones en el sistema de retribución y horario sin formalizar por escrito el cambio de condiciones. Entre los compañeros se comentaba que la realidad era que Mouve había decidido los cambios en el sistema de facturación sin exigencia alguna de Uber y solo para aumentar los beneficios.

El señor Allué para aumentar su facturación y con la finalidad de mantener los ingresos que venía percibiendo con anterioridad realizó habitualmente turnos de trabajo de entre 9 y 10 horas de trabajo, sumando en ocasiones semanas sin festivo. “Mouve” ante los rumores que corrían entre los conductores, emitió un comunicado dirigido a los trabajadores en el que se decía que no dependía de ella las nuevas exigencias y que siempre era a consecuencia de los requisitos para operar a través de Uber”. También se hizo conocer a los trabajadores que la empresa podría recopilar datos de la aplicación Uber para conocer la geolocalización, el tiempo de respuesta a los avisos de clientes y las paradas de descanso de los conductores a efectos de “mejorar el servicio e información estadística” y solo sería utilizada en contra del trabajador “en casos extremos”.

TERCERO.- Trabajadores por Cuenta Ajena y TRADES acudían a los mismos programas de formación de la empresa (riesgos laborales, utilización de la aplicación Uber, etc.), ; todos bajo la misma supervisión y dirección. El trabajador al enterarse de la

existencia de trabajadores indefinidos solicitó en varias ocasiones a lo largo del año 2018 a al Jefe de Base el reconocimiento de laboralidad; peticiones que fueron desestimadas.

CUARTO.- Tras la aprobación del DECRETO LEY 4/2019, del presidente de la Generalidad de Cataluña, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor, “Uber” vio limitada su capacidad para ofrecer servicios de transporte en la ciudad de Barcelona. Ante esta situación “Mouve” comunicó a sus trabajadores que se encontraba estudiando las opciones que el mercado español ofrecía a la compañía.

QUINTO.- A través de un grupo de WhatsApp que había sido utilizado como medio de comunicación entre conductores y empresa; los conductores pidieron explicaciones sobre su futuro laboral a los responsables de Mouve. En el grupo se encontraban compañeros de la base de Hospitalet de Llobregat y Señor Allué. Se expuso el descontento y enfado por la falta de absoluta información acerca de su futuro. El trabajador mostró su aprobación con la iniciativa de algunos compañeros de denunciar a Inspección del Trabajo las posibles irregularidades laborales.

Dos días después “Mouve” envió una carta al Señor Carlos Allué en la cual le comunicaban la resolución del contrato “por incumplimiento contractual grave”. La empresa argumentó que el conductor había disminuido su rendimiento de forma notable y continuada en el tiempo.

El Sr. Allué sospecha que las conversaciones del grupo de WhatsApp pudieron ser el motivo que se encuentra detrás del despido disciplinario. Desconoce si otros compañeros han sido despedidos de igual forma.

El Sr. Allué dispone 4,88 estrellas sobre 5 de puntuación en su perfil de Uber, decenas de felicitaciones y comentarios que reflejan su buen hacer al volante, siempre logró los objetivos de facturación y acató todas las decisiones de la empresa.

SEPTIMO.- Durante la realización del presente dictamen, el Sr. Allué tuvo conocimiento por los medios de comunicación que la empresa podría estar estudiando un procedimiento de Despido Colectivo. Otras empresas tenedoras de licencias VTC ya habrían presentado procedimientos similares.

II. CUESTIONES PLANTEADAS

- DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURIDICA ENTRE EL SEÑOR ALLUÉ Y LA EMPRESA.
- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO:
 - MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE REMUNERACIÓN SOBRE UN LÍMITE MÍNIMO DE FACTURACIÓN.
 - MODIFICACIÓN SISTEMA DE TRABAJO POR TURNOS FIJADO POR LA EMPRESA A UN HORARIO DE ELECCIÓN LIBRE POR EL TRABAJADOR.
- GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. POSIBLE REPRESALIA DE LA EMPRESA POR ANUNCIAR DENUNCIA A INSPECCION DE TRABAJO POR UN GRUPO DE WHATSAPP.
- ESTRATEGIA PROCESAL ADECUADA A LOS INTERESES DEL SR. ALLUÉ.

III. NORMATIVA APLICABLE

-Constitución Española

-Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo Autónomo.

- Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente.

-Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

-Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

-Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

De la información aportada por el Sr. Allúe del trabajo que viene realizando y la forma en que desarrolla dicha prestación, surgen dudas acerca de si nos hallamos frente a un trabajador por cuenta ajena, a un trabajador autónomo o ante una figura contraria a la ley como es la del “falso autónomo”. Con el objetivo de aclarar las notas diferenciadoras de ambas figuras interesa realizar un análisis que muestre la realidad de la relación laboral que viene desempeñando el Señor Allué y que influirá en el resto de las cuestiones objeto de este dictamen.

1.1 Trabajador por cuenta ajena

El Estatuto de los Trabajadores regula en su artículo 1.1 los rasgos que determinan la laboralidad de una prestación de servicios en la modalidad de trabajador por cuenta ajena. Se establece que es un trabajador encuadrado en el art1.1 ET quien «voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Las claves para encuadrar a un trabajador en la modalidad de “por cuenta ajena” son: la voluntariedad, en cuanto se entiende que es fruto de la voluntad de las partes, formalizado a través del título contractual o contrato de trabajo; la retribución, pues la actividad fruto del trabajo debe ser retribuida; la ajenidad, comprendida como «cesión anticipada del resultado del trabajo que es adquirido originariamente por el empresario, pues trabajar por cuenta ajena equivale a hacerlo tras cederle a otro la utilidad o los frutos

del trabajo propio»¹; la dependencia, componente que se comprende como la integración del trabajador dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa.

Es preciso el auxilio jurisprudencial, y así se mostrará a lo largo del dictamen, a propósito fijar con claridad las notas de ajenidad y subordinación, dado que se enuncian en el Estatuto de los Trabajadores con un elevado nivel de abstracción y se manifiestan de manera distinta según el tipo de actividad o la clase de trabajo.

1.2 Trabajador autónomo y TRADE

La regulación del trabajador autónomo la encontramos el Estatuto de los Trabajadores y que en su artículo 1.1 establece que «la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena». Es decir: ausencia de ajenidad, puesto que no hay cesión anticipada del resultado del trabajo; ausencia de dependencia al tener que realizarse la actividad fuera del ámbito de organización y de dirección de un tercero y ánimo de lucro -en la medida en que deja fuera otras actividades de corte benéfico o altruista- como notas definitorias.

Dentro de este colectivo, interesa al objeto del presente dictamen, junto a la figura del trabajador autónomo común, otra figura que, aun participando del carácter autónomo de su actividad, presentan características propias: Los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), quienes reuniendo todos los requisitos propios de cualquier trabajador autónomo, realizan su actividad predominantemente para un único cliente del que dependen económicamente. Al igual que el trabajador autónomo común, desarrollan una actividad mercantil o civil pero la nota diferencial es que dependen económicamente de un cliente, al menos, el 75% de sus ingresos.

¹ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 138.

Además de los requisitos de autonomía funcional y dependencia económica, deben concurrir simultáneamente la totalidad de los siguientes requisitos adicionales, ya que la ausencia de uno solo de ellos impide alcanzar la condición de TRADE²:

- No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar ni subcontratar 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.
- No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- Disponer de la infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella.

Los requisitos vienen dirigidos a marcar la frontera con el trabajo subordinado, se encontrarían los relativos a desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, no confundirse en su actividad con el trabajo ejecutado por los empleados asalariados de la empresa principal, disponer de infraestructura productiva y material propios, percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, así como no adoptar forma societaria mercantil y también a fijar la frontera con el trabajador ordinario, se encuentran los relativos a que la dependencia económica se manifieste en que los ingresos como mínimo se concentren el 75% en los provenientes de la empresa cliente principal, no tener empleados a su servicio, no tener oficinas abiertas al público, así como la imposibilidad de subcontratar con terceros de la actividad contratada con el cliente principal o con otros.

² Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo Autónomo. Art 11. y Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero arts. 1 y 2.

Además es requisito que se comunique la cualidad de TRADE al “cliente”³ y que se formalice con el mismo correspondiente contrato, en el que se debe hacer constar expresamente aquella nota esencial de dependencia económica. Tal tipo de contrato habrá de celebrarse por escrito y ser objeto de registro en la “oficina pública correspondiente”⁴ y se presumirá celebrado por tiempo indefinido cuando no se precise su duración. Se debe tener en cuenta que la figura del TRADE no es una figura intermedia entre el trabajador laboral y el autónomo, sino que es una subcategoría de trabajador autónomo. Por ello los perfiles de dependencia y ajenidad deben aplicarse para identificar la realidad laboral y como se ha dicho anteriormente la figura del TRADE únicamente permite una pequeña protección para aquellos autónomos que tienen una gran dependencia económica de un solo cliente.

1.3 Falso autónomo

Aclaradas las diferencias entre trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia y teniendo en cuenta que son la ausencia de dependencia y la ausencia de ajenidad las notas fundamentales del trabajo autónomo, interesa analizar el concepto de *falso autónomo* a fin de aclarar qué tipo de trabajador es en la realidad el Señor Allué.

No existe una definición legal de *falso autónomo*, si bien se puede extraer un concepto general a la vista de la jurisprudencia estudiada y que será expuesta, considerando el “falso autónomo” como aquel trabajador que se encuentra dado de alta en la Licencia Fiscal (IAE) y en el RETA, pero cuya prestación de servicios en realidad reúne las notas de ajenidad y dependencia propias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que su encuadramiento correcto sería el Régimen General. La determinación de si existe o no contrato de trabajo en un concreto supuesto está vinculada a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso, por lo que la unificación doctrinal es difícil.

³ Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero Arts. 1 y 2.

⁴ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo Autónomo. Art 12.

A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la STS 589/2018 de 8 de febrero de 2018:

- La prevalencia de la realidad fáctica sobre el *nomen iuris* que de manera errónea o interesada puedan darle las partes a la relación que regulan, porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que le den las partes». Es decir, La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes, sino de la configuración efectiva y realista de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias como la STS de 20 de marzo de 2007, (rcud 747/2006); de 7 de noviembre de 2007, (rcud 2224/2006); de 12 de diciembre de 2007, (rcud 2673/2006) y de 22 de julio de 2008, (rcud 3334/20 07) entre otras.

- Presunción *iuris tantum* de laboralidad contenida en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores respecto a la relación existente entre quien recibe un servicio retribuido y quien lo presta, así como la delimitación de la relación laboral que establece el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores al citar la ajenidad en los resultados, la retribución de los servicios y la dependencia como notas definitorias de laboralidad de una relación. En este sentido la STS de 19 de julio de 2002, (rcud. 2869/2001) y de 3 de mayo de 2005, (rcud.2606/2004).

- Necesidad de realizar un análisis tomando en consideración todas las circunstancias del caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, o por el contrario existe ausencia de dependencia y ausencia de ajenidad. STS de 3 de noviembre de 2014, (rcud. 739/2013).

La línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos como pueden ser ejecuciones de obra y arrendamiento de servicios, regulados en la legislación mercantil y civil, no es nítida ni en la doctrina, ni en la legislación. Se ha estimado, en este sentido, que la línea divisoria entre el arrendamiento de servicios propio de un autónomo y el contrato de trabajo- se halla en lo que la jurisprudencia llamó «integración en el círculo

organizativo y disciplinario del empresario», concepto que en la legislación vigente se formula como la prestación de servicios que tiene lugar «... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica» (art. 1.1 ET) y que la doctrina científica denomina criterio de dependencia. Para delimitar ambas figuras contractuales, la ajenidad carecerá de virtualidad diferenciadora, pues la transmisión originaria de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo se produce tanto a favor del empresario como del arrendatario de servicios, el examen habrá de detenerse en la comprobación del modo de la prestación, distinguiendo si se realiza con la independencia propia de un profesional libre, o por el contrario, mediante la integración en una organización ajena

Para identificar los aspectos esenciales de la ajenidad y dependencia se atiende a la búsqueda de indicios que apunten hacia la identificación de una y otra. La STS 589/2018 de 8 de febrero reúne buena parte de los indicios de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial, siendo estos «la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste, el sometimiento a horario [...] el desempeño personal del trabajo (remitiendo a la STS de 23 de octubre de 1989)» y, en definitiva, los indicios que sean indicativos de una integración del trabajador en el ámbito de dirección y organización del empresario, como otra cara de la misma moneda, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

Por otro lado, son considerados indicios de ajenidad «la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [...] la fijación por parte del empresario de los precios; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo», así como otros hechos que acrediten la ausencia de riesgo y la presencia de lucro especial que caracterizan la actividad empresarial.

En definitiva y de acuerdo con la jurisprudencia citada, son diversas las circunstancias en las que se puede desempeñar una prestación laboral por una persona y analizando tales circunstancias pueden aparecer indicios para determinar si en el caso de un trabajador autónomo se dan las notas de ajenidad en los frutos del trabajo y dependencia orgánica de un tercero, notas más propias del trabajador por cuenta ajena encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social e incompatibles con la independencia y cuenta propia características del Trabajo Autónomo.

1.4 Relación Uber-Mouve-Trabajador

La legislación española exige la tenencia de una licencia VTC (Vehículo de Turismo con Conductor)⁵ para realizar la actividad de transporte de personas. Estas autorizaciones para ejercer la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor no las posee UBER, sino autónomos o empresas que las hayan adquirido de la administración correspondiente. El requisito que genera la especialidad del sector VTC es el hecho que el contrato de arrendamiento de vehículos con conductor se debe haber realizado previamente a que se inicie la prestación del servicio contratado, aspecto que se diferencia del servicio de taxi.

Este modelo beneficia al negocio de UBER puesto que a través de su aplicación une a los clientes con los prestadores del servicio permitiendo de un modo sencillo la precontratación del servicio de transporte a cambio de un porcentaje de los ingresos. Por lo tanto, se limita a poner en contacto al cliente -solicitante de una prestación de servicios- con la persona que realiza finalmente la prestación- el trabajador o autónomo. Atendiendo a la realidad, UBER no dispone de licencias VTC, no contrata conductores ni posee flota de automóviles; por el contrario, UBER cuenta con sus “socios” conductores que pueden ser autónomos o empresas tenedoras de licencias VTC que se encargan de contratar a conductores para la exploración de las licencias.

Tras una breve introducción del modelo de negocio de UBER, se deben analizar las prácticas de la empresa tecnológica al objeto de determinar posibles responsabilidades laborales. Se han comprobado a través de distintas fuentes de la existencia de un manual que según UBER “no es vinculante sino que presenta meras sugerencias”⁶. Entre las medidas que contiene se invita a los conductores a vestir de forma profesional, así como,

⁵ Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre y Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

⁶ https://www.lespanol.com/economia/empresas/20170704/228728058_0.html

propone que la radio este apagada o con la música suave, que se abra la puerta del cliente para que entre en el vehículo y que se tenga preparado un paraguas en caso de lluvia para que el cliente no se moje al entrar o salir del vehículo. Sumado a ello, el manual del conductor señala que espera que los conductores acepten todos los viajes y que se investigará, con la posibilidad de desactivar al conductor, si rechaza demasiados viajes.

Que Uber dicte lo que califique como “sugerencias”⁷ no quiere decir que el trabajador no esté subordinado al control y supervisión de Uber. Lo relevante es saber determinar si Uber ha dictado las “sugerencias” para mantener un control del proceso productivo. El problema que se plantea es que no queda suficientemente claro cuando la empresa está dictando las instrucciones necesarias para controlar el proceso y cuándo no. Las ordenes pueden ir dirigidas a un autónomo o a una empresa tenedora de licencias, siendo esta última mera transmisora a sus trabajadores de las directrices que provienen de la empresa UBER.

Las siguientes directrices han sido comprobadas como exigencias de Uber como requisito para disponer de la autorización a Mouve para utilizar su plataforma⁸:

1. Utilización de un traje totalmente negro proporcionado por “Mouve”
2. Agua y frutos secos para los clientes.
3. Localización permanente del conductor a través del móvil, geolocalizado GPS con el que se registraban los kilómetros que recorría en cada servicio, pudiendo elegir libremente la ruta a seguir.
4. Puntuación.

No se ha podido confirmar la veracidad del requisito mínimo de facturación como requisito para disponer de la autorización de Uber para utilizar su plataforma.

Tampoco se puede descartar que algunas de esas directrices sean fruto negociación entre las partes, a través del acuerdo de cooperación con Uber, y otras simplemente por decisión propia de la empresa tenedora de licencias VTC. El conflicto jurídico surge a raíz de que Uber se describe como mero intermediario que solamente

⁷ El Impacto De La 'Uber Economy' En Las Relaciones Laborales: Los Efectos De Las Plataformas Virtuales En El Contrato De Trabajo , *IUS Labor 3/2015*, p. 1-25, ISSN-e 1699-2938

⁸https://uberregulatorydocuments.s3.amazonaws.com/country/united_states/p2p/RASIER%20Technology%20Services%20Agreement%20December%202010%202015.pdf?_ga=1.59528685.1558445318.14539006

pone en contacto al cliente que desea el servicio con la persona que lo provee. De esta forma, aceptando esta versión de los hechos, el trabajador no tendría un solo cliente mayoritario sino que prestaría sus servicios a cientos de clientes sin que existiera una dependencia económica con ninguno de ellos. Si por el contrario se entiende que la plataforma virtual interviene en la prestación de servicios a través de instrucciones se estaría ante un trabajador común.

De esta forma se ha considerado que solamente puede ser un auténtico trabajador autónomo cuando se cuenta con su propia fuerza organizativa y se asumen los riesgos y beneficios de la actividad. Por el contrario, desde el momento en que el trabajador se integra en la organización del empresario y este ejerce su sistema de organización y reglas, se está ante un trabajador dependiente, es decir, los trabajadores que prestan servicios a través de una plataforma virtual solamente están aportando puro trabajo o mano de obra sin que exista posibilidades de desarrollo empresarial.

En este sentido el voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid N.º 715/2019 de 19 de septiembre de 2019 n.º 715/2019 «La calificación de la relación jurídica litigiosa entre el repartidor una sociedad que gestiona una plataforma digital, recientemente planteada en este y en otros asuntos similares, resulta una tarea compleja al concurrir características y circunstancias que pueden ser objeto de distintas valoraciones haciendo problemática la decisión». Nos encontramos en un terreno altamente litigioso con sentencias en ocasiones contradictorias⁹, y debido a que la jurisprudencia no proporciona una regla general, se debe acudir al caso concreto con objeto de identificar las notas de dependencia y ajenidad que serán definitorias de la verdadera relación entre el empresario y trabajador.

En este caso concreto, Mouve es quien contrata a trabajadores para desarrollar la actividad propia de su razón social y por lo tanto todas las acciones se centrarán sobre ella.

⁹ https://elpais.com/economia/2019/11/29/actualidad/1575039621_397329.html

1.5 Realidad laboral del Sr. Allué

Una vez aclaradas las notas características del trabajo por cuenta ajena, el trabajo autónomo y la condición de falso autónomo, se debe profundizar al objeto de este dictamen en qué tipo de trabajador es el trabajador que acude al despacho, -el Señor Allué- siendo indispensable para ello el estudio de la información aportada por él en las comunicaciones realizadas y el contraste de las condiciones en que desempeña su actividad con los hechos reconocidos como indicios de dependencia/ajenidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como previamente se ha dicho, para considerar la existencia de un contrato de trabajo, y no uno de arrendamiento de servicios, es necesario apreciar las notas de la ajenidad y de la dependencia. La ausencia de dichas notas determina la expulsión del ámbito aplicativo de la legislación laboral, en tanto que por contraposición, la ausencia de ambos nos situaría en el ámbito del trabajo autónomo. El Sr. Allué presta servicios por cuenta de la mercantil SOCIEDAD MOUVE CARS TRANSPORT PEOPLE S.L., (Mouve) para desempeñar el trabajo consistente en el transporte de pasajeros con vehículo en la ciudad de Barcelona. El Señor Allué formalizó contrato en régimen de trabajador autónomo económicamente dependiente con las siguientes características: ejercida a título lucrativo, habitual, personal y directa. En el contrato de prestación de servicios se pactó que “Mouve” proporcionaba un automóvil y un teléfono móvil. El Sr. Allué debía acceder a través del teléfono móvil a la aplicación informática de movilidad, y recibir las ordenes de recogida de clientes. A través de la aplicación la empresa realizaba un control de la localización en tiempo real del trabajador así como la elección de clientes, tiempos de descansos, facturación etc. También recibió un traje totalmente negro por cuenta de la empresa, así como agua y frutos secos a modo de cortesía para los clientes. Los trabajadores contratados con un contrato laboral se sometían a las mismas ordenes, formación y control que el cliente.

A la vista de los hechos mostrados, se deben analizar los indicios de dependencia en el desempeño de la relación laboral. La empresa ejerce el control y dirección del trabajador, en por un lado a través de órdenes directas: El Jefe de Equipo designaba al Sr. Allué un vehículo entre los que dispone la empresa en su flota. Este acude a la base de Hospitalet de Llobregat donde se le suministra el agua y los frutos secos para los clientes

y recoge el móvil para comenzar su servicio; y por otro lado de forma indirecta a través del uso de la plataforma informática: La empresa se sirve de la aplicación Uber, la cual identifica los clientes, la ruta y calcula los precios de acuerdo con la oferta y la demanda través de un algoritmo matemático. De esta forma se aprecia una “externalización” de las órdenes y la comunicación al trabajador. La aplicación genera ordenes de forma “automática” sin que sea Mouve quien determina en un inicio las directrices, pero la empresa sí obliga a seguir dichas ordenes al señor Allué. La generación de las ordenes por un sistema automático no puede verse como una forma de rehusar la realidad material consistente en que por un lado, Mouve se beneficia directamente de las órdenes dadas de forma automática por la aplicación al conductor en tanto en cuanto se consideran imprescindibles para llevar a cabo el objeto social de la empresa, y por otro lado la empresa comprueba que el trabajador cumple las órdenes -existe acceso continuado al perfil del conductor comprobando la geolocalización, facturación y clientes elegidos- haciendo suyas las directrices la empresa.

La empresa puede sancionar en caso de incumplimiento. Se puede discernir de los hechos mostrados la capacidad de control e integración en el círculo de control organizativo de Mouve sobre el conductor.

En cualquier caso y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya citada la adopción de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender, que no dependen de la iniciativa propia del trabajador se deben tener en cuenta como indicio de dependencia.

Mouve, modificó el modelo de facturación lo que supuso que la empresa dejó de fijar horarios y retribución fija por jornada trabajada y lo sustituyó por un modelo en el que conductor ingresaría 25 céntimos de euro por cada euro que superara la facturación mínima de 3.000 euros mensuales. Obligación mínima de facturación impuesta por Mouve que tiene por objeto aparentar por un lado, que el Señor Allué no percibe de forma estable una contraprestación económica y por otro, que existe un riesgo y ventura para el conductor. Se deben negar tales intentos de falsear la realidad.

La empresa durante el primero modelo siempre fijó los turnos temiendo en cuenta las horas de mayor beneficio y número de clientes. El segundo sistema de facturación concede libertad de horario, sin bien es cierto que el conductor conector de las horas con mayor densidad de clientes y con el objetivo de facturación realiza su trabajo en la misma franja horaria que durante el primer sistema.

Se distinguen dos falsedades al analizar el sistema de remuneración; el primero es dar la apariencia de retribución variable en función del rendimiento del conductor pese a que la realidad sea que el trabajador ha desarrollado su trabajo en horarios similares a los realizados durante el anterior sistema, que se identifica con el periodo del día con mayor demanda de clientes, y de forma simultánea a los trabajadores contratados con contrato laboral; y el segundo objetivo es crear la imagen de libre voluntad del conductor para realizar la actividad, aspecto que se desvirtúa cuando se tiene en cuenta que el trabajador es despedido si no alcanza el mínimo de facturación por lo que se desaparece la voluntariedad.

Respecto de los indicios de ajenidad, el trabajador desempeña sus labores en el vehículo que la dirección indica sin correr él con los gastos de renting, mantenimiento, seguros, impuestos ni ningún otro. Es evidente que el Señor Allué no asume riesgo en la actividad y no dispone por él mismo de la infraestructura productiva y material necesaria para llevar a cabo la actividad. Los usuarios del servicio de transporte realizan el pago a través de la aplicación Uber al perfil del Señor Allué, pese a ello la cuenta bancaria que recibe los ingresos es de Mouve, reteniendo los beneficios y posteriormente ingresa al Sr. Allué en forma de pago mensual la retribución acordada. Por lo tanto los frutos del trabajo no repercuten directamente en el conductor. Por lo dicho y teniendo en cuenta que el cálculo de la retribución se basa en un criterio de precio por encargo realizado en atención a tarifas fijadas de manera unilateral por la empresa a través del algoritmo de Uber y el Sr. Allué no responde del riesgo y ventura del mismo pues es caso de impago solo debe denunciar el hecho para que no le sea reducido de su sueldo.

A la vista de los hechos analizados, en primer lugar son patentes las notas de ajenidad, ya que los frutos del trabajo pasan “ab initio” a la mercantil Mouve que asume la obligación de retribuir los servicios que sobrepasan el mínimo de facturación de 3000 euros, que no es más que una garantía de rentabilidad para la empresa y forma de pretender dar una imagen de retribución variable como se ha dicho. Nada existe que acredite que el Sr. Allué asuma riesgo empresarial de clase alguna, ni que realice una

inversión de bienes de capital alguno, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la empresa. La ajenidad en los frutos es evidente porque la empleadora hace suyos los resultados de la actividad del repartidor, desplazando a la aplicación Uber de los riegos y a Señor Allué.

En segundo lugar, los trabajos llevados a cabo por el demandante (conducción de vehículo con conductor y transporte de pasajeros) se prestan dentro del ámbito de dirección de organización y dirección de la mercantil pues es la que elige y proporciona el vehículo, realiza el mantenimiento y se hace cargo de los gastos de carburante y seguros. Supone la inviabilidad para el conductor de que, con sus propios medios y desvinculado de la empresa, pueda llevar a cabo la actividad económica que conecta directamente con la nota de ajenidad propia de una relación contractual laboral.

Destaca que el trabajador ha prestado sus servicios exclusivamente a Mouve, de forma habitual, personal y directa realizando el mismo trabajo que conductores con contrato laboral de la empresa y llevando un traje idéntico pues lo proporcionaba la empresa. El trabajador acudió en numerosas ocasiones a charlas de formación junto a trabajadores con contrato laboral. No consta que el Sr. Allué fuera un verdadero empresario que -titular de un negocio- ofreciese su actividad empresarial en el mercado y que asumiera el riesgo y ventura de tal hipotética actividad; lo que se desprende, por el contrario, es que la actividad se prestaba exclusivamente para la sociedad Mouve en la forma y condiciones que esta determinaba.

En tercer lugar, se debe tomar en consideración la presunción de laboralidad, en virtud de lo establecido en el artículo 8 ET, además de entender -por lo expuesto- que la actividad del Sr. Allué se limitaba a la realización de tareas con sujeción a ordenes, instrucciones o directrices de la empresa, aunque fueran a través de la aplicación Uber, esta última como mera intermediaria y mensajera de las órdenes. El conductor efectuaba su trabajo sin independencia, por cuanto la plataforma Uber se constituye como intermediaria imprescindible entre la tarea del conductor y el destinatario del servicio bajo la supervisión y conformidad de las ordenes de Mouve. Hechos indiciarios de dependencia, entre otros, la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad.

Y en cuarto lugar, no puede resultar de aplicación el artículo 11 del del Estatuto del Trabajo Autónomo, que regula el concepto y ámbito subjetivo del trabajador

autónomo económicamente dependiente. La constatada existencia de indicios de dependencia y ajenidad en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 LETA.

Como reconoce el Tribunal Supremo en la Sentencia 589/2018 de 8 de febrero de 2018 antes citada «los trabajadores autónomos económicamente dependientes, deben reunir los mismos requisitos propios de cualquier trabajador autónomo, que ya se han analizado en profundidad además de otros más específicos como, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual».

El trabajador autónomo económicamente dependiente es una subcategoría de los trabajadores autónomos, es decir, para poder ser calificado como TRADE primero se debe ser trabajador autónomo. Por esta razón, no se puede configurar como figura intermedia entre la laboralidad y el trabajo autónomo, pretendiendo ser aplicada a trabajadores que se encuentran en una zona gris, sino que los TRADE deben ser trabajadores autónomos. Ello significa que los TRADE no pueden tener dependencia ni ajenidad de la plataforma o de ningún otro empresario, puesto que si los prestadores de servicios son subordinados de la plataforma, serán trabajadores laborales -ni autónomos ni TRADE. Pese a que el contrato firmado entre ambas partes, denominado "contrato para realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente" puede cumplir con los requisitos específicos para ser considerado el trabajador como TRADE, no se puede calificar que la actividad que desarrolla sea ajustada a los principios del trabajo autónomo.

En definitiva, si bien el Sr. Allué formalizó contrato como TRADE y se inscribió como tal, sin embargo la realidad es que se puede encuadrar como *falso autónomo* porque existen indicios suficientes de ajenidad y dependencia características de una relación laboral. El contrato firmado entre ambas partes, denominado "contrato para realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente" no asegura la existencia de que el Sr. Allué sea un trabajador autónomo económicamente

dependiente, porque como se ha dicho anteriormente los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que le den las partes. Es decir, la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual, entendiendo que el señor Allue por las circunstancias concretas de su caso se trata de un *falso autónomo* y por ello debería ser considerado trabajador por cuenta ajena.

Aclaradas las notas relativas a la relación jurídica, considerado el trabajador como *falso autónomo*, se debe tener en cuenta al Señor Allué como trabajador con contrato laboral y por tanto le sea de aplicación el Estatuto de los trabajadores y el Convenio Colectivo correspondiente para las cuestiones posteriores que son objeto de análisis en este dictamen.

2. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL SR. ALLUÉ

Acreditada la condición de *falso autónomo* del Señor Allué, sin profundizar todavía en la estrategia procesal a seguir de pretender que se reconozca la condición de trabajador por cuenta ajena, es pertinente al objeto de este dictamen tratar la cuestión de la modificación de las condiciones de trabajo que ha sufrido el trabajador durante la realización de la actividad.

2.1 Concepto Y Tipos De Modificación de Condiciones De Trabajo

La modificación del contrato de trabajo puede abordarse desde una triple perspectiva: movilidad funcional, regulada en el artículo 39 ET; movilidad geográfica, regulada en el artículo 40 ET; y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, regulada en el artículo 41 ET.

La facultad del empresario de poder modificar las condiciones de trabajo no deja de ser una manifestación del poder que éste ostenta para organizar el trabajo en virtud de

la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución Española. Se trata de una facultad regulada, y como tal, sólo puede ser ejercitado cuando la adopción de la medida pueda contribuir, real efectivamente, a mejorar la competitividad de la empresa (STSJ de Cataluña, 2717/1999, de 16 de marzo de 1999). Del mismo modo, la facultad que tiene el empresario para poder modificar las condiciones de trabajo no equivale a un poder total, ya que no están permitidas las modificaciones arbitrarias y es necesario el respeto a un procedimiento para su adopción y a unos límites.

2.2 Modificación Sustancial Condiciones De Trabajo: Presupuestos Y Sustancialidad.

Examinados los documentación e información aportada por el trabajador, interesa al objeto de dictamen profundizar respecto de la posible modificación sustancial de condiciones de trabajo, que debe entenderse a la luz de lo establecido en el citado artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. En concreto, este precepto establece que la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo siempre que dicha modificación se encuentre justificada por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; es decir, es necesario que se dé una justificación causal de la medida a adoptar.

Según Mercader Uguina, para que una decisión empresarial pueda ser tratada como modificación sustancial deben darse los siguientes presupuestos «1º) Debe afectar a condiciones laborales del trabajador. 2º) Debe responder a una decisión unilateral del empresario. 3º) La modificación ha de tener el carácter de sustancial. 4º) Debe encontrarse fundada en causas económicas, organizativas, técnicas y de producción. Y 5º) Deben cumplirse las reglas de procedimiento establecidas en el art 41. ET»¹⁰. Interesa tratar, de acuerdo con los presupuestos introducidos, la sustancialidad de la modificación –primero diferenciando entre modificación sustancial y modificación accidental, y luego profundizando en los criterios de determinación de sustancialidad avalados por la jurisprudencia pues es la nota que determina el régimen jurídico que se debe aplicar para

¹⁰ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 517.

su adopción, el cual será distinto en función de si nos encontramos ante una modificación sustancial y otra no sustancial/accidental¹¹:

- El empresario tiene libertad para imponer las modificaciones que no tengan carácter sustancial, sin ser necesaria justificación causal y de formalidad y sin otros límites que los genéricos, que «consisten básicamente en el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, entre los que se incluyen: el derecho a no ser discriminado [...], la tutela judicial efectiva, garantizándose la indemnidad del trabajador [...], el deber de buena fe contractual, que se vulnera cuando la única finalidad perseguida por el empresario al imponer el cambio es perjudicar al trabajador»¹².
- Las modificaciones sustanciales, por contra, sólo pueden ser adoptadas en los supuestos anteriormente citados (existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción).

El carácter sustancial de la modificación de las condiciones de trabajo no tiene que ver tanto con el hecho de que la condición sea sustancial sino a que sea sustancial la propia modificación, si bien es cierto que el propio Tribunal Supremo reconoce que: «constituye un concepto jurídico indeterminado cuya precisa delimitación no está exenta de polémica [...] la modificación de las consideración como sustancial, pues ello dependerá de la intensidad del cambio producido y de su proyección temporal»¹³. Es decir; entidad del cambio, consecuencias para el trabajador y proyección temporal son los criterios establecidos para determinar si una modificación de condiciones es sustancial o no.

Las condiciones de trabajo que pueden modificarse pueden provenir de distintas fuentes: contractual, acuerdo o pacto colectivo extraestatutario o decisión unilateral del empresario. En lo que se refiere a la selección de los trabajadores afectados, no se establece ningún tipo de preferencia de mantenimiento de condiciones en relación con un

¹¹ *Memento Práctico Social*, Francis Lefebvre El Derecho, Madrid, 2019, p. 998.

¹² *Memento Práctico Social*, Francis Lefebvre El Derecho, Madrid, 2019, p. 1003.

¹³ Sentencia Tribunal Supremo 4782/2016, de 12 de septiembre de 2016

determinado colectivo. La decisión compete al empresario respondiendo a criterios subjetivos de idoneidad que los tribunales están obligados a respetar, salvo en los supuestos de fraude, discriminación o vulneración de cualquier otro derecho fundamental

Las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de modificación sustancial son, entre otras¹⁴:

1. La posibilidad de realizar una modificación sustancial de distintos aspectos del tiempo de trabajo. La modificación puede afectar a la jornada, al horario y distribución del tiempo de trabajo y al régimen de trabajo a turnos de trabajo. La jornada de trabajo -bien sea diaria, semanal o anual- viene determinada por el número de horas a trabajar dentro del lapso temporal de que se trate. La modificación puede determinar también un aumento de la jornada de trabajo.

2. La posibilidad de realizar una modificación sustancial del sistema de remuneración. Su modificación viene dada por aquellas decisiones de la empresa que inciden en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos que puedan percibir sus trabajadores, de manera que se altere el sistema hasta entonces aplicado para el devengo de los diferentes pluses y complementos, afectando a su importe, alcance o naturaleza. Es decir, cuando se hace referencia al sistema de remuneración, las modificaciones solo pueden referirse a estructura salarial y forma de cálculo de complementos salariales.

3. La posibilidad de modificación del sistema de trabajo y rendimiento. Con carácter general, se afirma que el incremento de la carga de trabajo no supone, por sí solo, una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues no afecta a ninguna de las condiciones contempladas la ley.

El carácter colectivo o individual es importante porque determina el procedimiento a seguir por el empresario e implica que en caso de incumplimiento de los requisitos formales se declare injustificada la modificación. A la luz de los hechos nos

¹⁴ Memento Práctico Social, Francis Lefebvre El Derecho, Madrid, 2019. p.1105-1106

centraremos en la modificación de carácter colectivo¹⁵ -pese a que el trabajador desconoce el número exacto de trabajadores; sí que considera que una aproximación podrían ser 500 conductores en la ciudad de Barcelona.

La empresa debe practicar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores para intentar un acuerdo que no superior a 15 días naturales. El incumplimiento del plazo por parte de la empresa determina que el período de consultas no se entienda válidamente agotado, y la consiguiente nulidad de la modificación. La negociación debe versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Respecto a la documentación que debe aportarse resultan de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, cuanto los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y en todo caso -con carácter general- todos aquellos que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas

Si no hay acuerdo, el empresario puede adoptar unilateralmente la medida, cumplido el trámite del período de consultas siendo precisa la notificación fehaciente de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores, para que éstos puedan interponer, en su caso, las reclamaciones correspondientes.

Si no hay acuerdo, el empresario puede adoptar unilateralmente la medida, cumplido el trámite del período de consultas siendo precisa la notificación fehaciente de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores, para que éstos puedan interponer, en su caso, las reclamaciones correspondientes.

Una vez transcurridos los periodos de consultas y notificación posterior, la decisión empresarial tiene carácter ejecutivo una vez transcurrido el plazo de preaviso de 7 días, el trabajador tiene la obligación de prestar su trabajo de acuerdo con las condiciones que resultaron sustancialmente alteradas. No obstante, el afectado puede manifestar su disconformidad frente a la medida modificativa. Si el trabajador no está conforme puede

¹⁵ Estatuto de los Trabajadores. Art. 41.2. Regula el carácter colectivo de las modificaciones sustanciales y considerará de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

impugnar la medida por considerarla no ajustada a derecho o bien rescindir la relación laboral. La posibilidad de opción se abre a partir del instante en que se le notifica individualizadamente la decisión empresarial, no siendo necesario esperar a que ésta se haga efectiva. En todo caso, transcurridos 20 días hábiles de caducidad a computar desde la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o sus representantes lleva a la avenencia tacita aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores de acuerdo con el artículo 138 de la LRJS.

2.3. Realidad Práctica

Enunciados los caracteres de la modificación de condiciones de trabajo y habiendo profundizado en la vertiente de sustancialidad establecida en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, se procede a determinar si se han producido modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, si es así qué tipo de modificación ha padecido el trabajador a partir de la información suministrada por él mismo y las opciones procesales.

Por un lado la empresa modificó por completo el sistema de retribución; anteriormente estaba pactada una retribución de 70,12 euros diarios brutos, tras el cambio el salario consistió como ya se ha dicho anteriormente, en un mínimo de facturación de 3000 euros, a partir de los cuales el conductor ingresaría 25 céntimos por cada euro facturado. El incumplimiento del mínimo de facturación sería causa de despido inmediato, y por otro lado, dejó de fijar la jornada de trabajo (anteriormente 40 horas semanales) y los turnos, siendo libre el conductor para elegir su tiempo de trabajo y horario -modificación cuya verdadera intención era falsear la realidad fáctica ya analizada anteriormente - se atribuía un vehículo que utilizaría siempre el mismo conductor. La empresa siempre justificó los cambios como una exigencia de UBER y que “no tenían más remedio que cambiar el sistema”. No se entrará a la valorar la veracidad de las palabras de Mouve por cuanto se desconoce el contenido de acuerdo de colaboración entre Mouve y Uber. Simplemente se tendrá en cuenta la existencia de circunstancias técnicas y organizativas de la producción.

Se debe valorar la importancia cualitativa de las modificaciones impuestas y su alcance temporal, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impuso al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que

conllevará que en cada caso habrá de analizar las circunstancias concurrentes, es decir, aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral.

Se aprecia que nos encontramos ante un supuesto de modificación de condiciones de trabajo del artículo 41.1, a, b y d, ET.

- La modificación afecta a la jornada, al horario y distribución del tiempo de trabajo y al régimen de trabajo a turnos de trabajo por cuanto el trabajador pasa de una jornada tasada en contrato y establecida mediante turnos a una jornada en la que el trabajador elige su horario, si bien como se ha dicho anteriormente, el objetivo de facturación cohibe la libertad de elección de horario del trabajador que no solo debe mantener el número de horas trabajadas si no que en bastantes ocasiones el trabajador aumentó la jornada por un salario similar. El Sr. Allué se vio obligado a trabajar más horas, y tener en cuenta los horarios de máxima densidad para mantener sus ingresos.

- El sistema de remuneración y cuantía salarial se vio afectado por completo al alterarse el modo de calcular la retribución. Modelo que se asimila al establecido en el Convenio Colectivo de Sector de Auto taxi y Alquiler de Vehículos con Conductor de Barcelona¹⁶. En la práctica supuso que el Sr. Allué aumento su jornada y siempre tuvo presente la amenaza de despido en caso de incumplimiento de la facturación.

Dichas modificaciones afectaron a las condiciones laborales del trabajador siendo decisión unilateral del empresario, con carácter sustancial y fundadas en causas, organizativas y técnicas de la producción. La entidad del cambio fue notable, las consecuencias para el trabajador provocaron mayor número de horas de jornada y la proyección temporal se estableció con carácter permanente. Se alteraron aspectos

¹⁶ C. Colectivo, Revisión. Convenio Colectivo de Sector de AUTOTAXI Y ALQUILER DE VEHICULOS CON CONDUCTOR (08008565011995) de Barcelona. Sector Provincial. Artículo 20. Alquiler de vehículos con conductor: Por lo que respecta al alquiler de vehículos con conductor, se fija una retribución del 25% del importe del servicio realizado, sin tener en cuenta los gastos satisfechos y cobrados en concepto de dietas, peajes u otros de naturaleza análoga.

fundamentales de la relación laboral de modo que las nuevas condiciones sustituyeron a las anteriores creando unas nuevas obligaciones para el trabajador.

La empresa no siguió las formalidades previstas para una modificación sustancial de carácter colectivo. No existió lo que el artículo 41.5 ET llama «periodo de consultas», y no se aportó documentación a los trabajadores que acreditara la concurrencia de las causas y sirviera de elemento orientativo más allá de la comunicación por grupo de WhatsApp en la que se determinaban los cambios a razón de exigencias de Uber.

Aclarados los puntos relativos a la naturaleza de modificación sustancial debemos atender a las posibilidades frente a la decisión empresarial. El carácter ejecutivo de la medida modificativa y el periodo de caducidad de 20 días hábiles a computar desde la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores lleva a la imposibilidad de ejercer cualquier acción en beneficio del Sr. Allue por cuanto las modificaciones se ejecutaron en el año 2018, además de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo de 1 año desde que pudo ejercitarse. Además la relación laboral se encuentra extinguida.

Debemos considerar como única posibilidad la denuncia ante Inspección de Trabajo por infracción laboral por parte del empresario, en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo como única actuación posible de cara a una sanción¹⁷. Se descarta la posibilidad de que el trabajador ejercite acciones por indemnización de daños y perjuicios sufridos por la modificación sustancial ya que no fueron ejercidas las acciones en el instante oportuno.

3. GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Con independencia de la estrategia procesal que se vaya a proponer y que será la más adecuada en atención a los intereses del Sr. Allué, interesa previamente abordar la Garantía de Indemnidad desde una triple perspectiva:

¹⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. A art.7.6, 7 y 10, 8.11, 12, 14 y art.40

- El análisis de la figura con especial atención al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española y la jurisprudencia consolidada.
- Determinar si se ha producido una vulneración de la Garantía de Indemnidad del trabajador con ocasión del despido disciplinario probablemente a causa de los mensajes de WhatsApp que pudieron ser filtrados a la dirección de la empresa en los que el trabajador se mostró de acuerdo con la iniciativa de realizar una denuncia anónima a Inspección de Trabajo.
- Proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas como mecanismo procesal para Tutela de los Derechos Fundamentales.

3.1 Indemnidad, Tutela Judicial Efectiva y desarrollo jurisprudencial.

Si bien la garantía de indemnidad es desarrollada en la STC 14/1993, de 18 de enero (RTC/1993/14), es en la STC 7/1993, de 18 de enero (RTC/1993/7), en el marco del despido de un trabajador de una Caja de Ahorros durante el proceso judicial que emprende contra su empleadora, cuando por vez primera se pronuncia el Tribunal Constitucional acerca de la garantía de indemnidad como parte indisociable de la tutela judicial efectiva. En concreto, la citada sentencia -STC 7/1993- establece que «Represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida».

La garantía de indemnidad no puede disociarse del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, cuyo tenor literal establece que «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.». Es decir, todo ciudadano tiene derecho a ejercitar sus pretensiones ante un tribunal, y más allá de la posibilidad efectiva de acceder a la justicia, tiene el derecho a obtener una sentencia, positiva o no, sobre el fondo del asunto en el que sea parte.

Además de ser entendido como un derecho de acceso a los tribunales -como anteriormente se ha expuesto-, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se deriva la garantía de indemnidad, que impide que del ejercicio del acceso a la justicia se

deriven consecuencias negativas o represalias para el peticionario. O a tenor de lo establecido en la STC 14/1993, de 18 de enero «Del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza».

Por otro lado, la STC 7/1993, de 18 de enero establece que cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen suficiente sospecha de tal discriminación, corresponde al empresario «la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido», si bien el propio Tribunal matiza que no se trata de obligar al empresario a probar la no lesión de un derecho fundamental, sino que éste acredite la existencia de hechos que motiven la decisión extintiva.

La consecuencia fundamental de toda represalia cometida por el empresario es la nulidad de las actuaciones. Esto supone que el trabajador debe de ser repuesto a las condiciones de trabajo que disfrutaba antes de la represalia por parte de la empresa. Por otro lado, es factible reclamar una indemnización de daños y perjuicios, siempre que éstos resulten acreditados¹⁸.

El objetivo es que empresario no pueda represaliar al trabajador que decida reclamar los derechos que le correspondan, ya sea acudiendo a los tribunales o ya sea reclamándolos directamente al empresario.

3.2 Proceso de Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

Sin perjuicio de la estrategia procesal recomendada, conviene precisar, tras acreditar la vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador, cuáles son los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales.

La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador tiene su origen en las disposiciones expuestas en el artículo 53.2 de la Constitución Española, que establece

¹⁸ Aunque se plantea complejo, ya que es complicado demostrar esos daños y perjuicios, y aunque se demuestren, será difícil cuantificarlos económicamente. De todos modos, y a la hora de cuantificarlos económicamente, puede usarse como referencia el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Cap. 2 (arts. 15 a 29 del texto constitucional) ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el ámbito del derecho laboral, la protección de los derechos fundamentales se halla garantizada por un procedimiento de carácter especial, distinto al procedimiento ordinario establecido en los artículos 80 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y distinto también a las modalidades procesales especiales establecidas en los artículos 102 y siguientes.

En aras de cumplir las disposiciones de la Constitución anteriormente citadas, en el ámbito laboral se encuentra regulado el proceso de tutela de derechos fundamentales, localizado en los artículos 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, siendo también un procedimiento caracterizado por las notas de preferencia y sumariedad. El objeto directo de la petición, fundada en la vulneración de derechos fundamentales, sería la reposición en la relación laboral resuelta.

3.3. Aplicación Al Asunto

El Señor Allué prestó sus servicios para Mouve desde el año 2017 sin incumplir nunca las directrices; no recibió queja alguna de la dirección por su rendimiento; un perfil de Uber de 4,88 estrellas sobre 5, decenas de felicitaciones y comentarios que reflejan su buen hacer al volante, Además siempre logró los objetivos de facturación y acató todas las decisiones de la empresa. Esta situación se mantuvo hasta que el señor Allué y otros compañeros amenazaron con denunciar a Inspección de Trabajo posibles irregularidades.

Precisamente dos días después la empresa comunicó el despido disciplinario “por una serie de hechos y conductas constitutivas de incumplimientos laborales que se han venido produciendo de manera constante y reiterada”.

Frente a tales circunstancias, la empresa justifica su decisión unilateral en una reducción continuada del rendimiento. Causa que no es posible considerar razonable por ser falsa. Mouve no aporta prueba alguna y eso pese a que disponen del registro horario de la actividad del conductor, parámetros como geolocalización, velocidad, tiempo de

respuesta a las órdenes de clientes, recaudación etc. La actuación de Mouve surge como respuesta a las manifestaciones del trabajador tendentes a la defensa y salvaguarda de derechos que cree que puede ostentar.

De ello debemos considerar que la actuación empresarial podría haber vulnerado el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, pues este Derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos.

El cauce procesal establecido por el legislador es el de la Tutela de Derechos fundamentales. Se trata por tanto de un proceso de conocimiento limitado, en el sentido de que *el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza* y dado que las acciones judiciales a interponer en el presente dictamen no versarían exclusivamente sobre vulneración de derechos fundamentales, de acuerdo con el art. 184 LRJS, se tramitará el procedimiento con arreglo a la modalidad procesal correspondiente para aquellas acciones¹⁹, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

En los apartados posteriores se desarrollará la estrategia procesal adecuada teniendo en cuenta la posible vulneración de Derechos Fundamentales.

¹⁹ Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Art. 184: «Las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas».

4. ESTRATEGIA PROCESAL RECOMENDADA

Una vez contamos con el análisis de la información y documentación que el Sr. Allué ha aportado, se debe valorar la estrategia procesal que mejor se adapte a sus intereses. Básicamente el Sr. Allué desea el cobro de las cantidades incorrectamente retribuidas y la posibilidad de seguir trabajando como conductor.

En base a toda la información expuesta, nos encontramos ante una triple tesis:

1. El Sr. Allué desempeñaba su trabajo, en relación con las condiciones examinadas, como *falso autónomo*. Por lo tanto, lo primero que le interesa al trabajador es solicitar que se le reconozca la laboralidad de la relación que le une a Mouve para que le sea de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo del Sector del Auto taxi y Alquiler de Vehículos con conductor. Es objetivo es que se le recalculen las nóminas en función del Convenio Colectivo²⁰.

2. Por otra parte nos hallamos ante un probable supuesto de Vulneración de la Garantía de Indemnidad del trabajador y la oportunidad de solicitar una indemnización por los daños causados por la vulneración del Derecho Fundamental

3. Por último, se debe analizar la incidencia de un posible futuro procedimiento de Despido Colectivo que afectaría al Sr. Allué una vez reconocida su laboralidad.

4.1 Acciones a ejercitar.

En relación con las acciones a ejercitar debe terse en cuenta de forma previa lo siguiente:

No procede la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales a través de dicho procedimiento, pues la eventual vulneración de Derechos Fundamentales será ejercida a

²⁰ C. Colectivo, Revisión. Convenio Colectivo de Sector de AUTOTAXI Y ALQUILER DE VEHICULOS CON CONDUCTOR (08008565011995) de Barcelona. Artículo 20. Alquiler de vehículos con conductor Por lo que respecta al alquiler de vehículos con conductor, se fija una retribución del 25% del importe del servicio realizado, sin tener en cuenta los gastos satisfechos y cobrados en concepto de dietas, peajes u otros de naturaleza análoga.

través de la acción de despido y por tanto la presunta violación de la Garantía de Indemnidad se articulará teniendo en cuenta el artículo 184 LRJS que obliga a que cuando el Derecho Fundamental se vulnera a través del despido la modalidad procesal a seguir es la propia del despido. Tampoco es necesaria la Acción declarativa sobre la laboralidad puesto que la Acción de Despido es la conveniente para reflejar la laboralidad, como se verá más adelante. Una cuestión previa será la naturaleza jurídica de la relación laboral, porque obviamente no hay despido si no se determina previamente la naturaleza jurídica de la relación.

Respecto de las acciones a llevar a cabo cabe decir lo siguiente:

Al haberse producido un despido se deberá interponer demanda por despido, la petición principal de la demanda tiene que ser el despido nulo porque esa es la calificación de los despidos con vulneración de Derechos Fundamentales. Las consecuencias son la readmisión obligatoria del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir y una indemnización por los daños causados por la vulneración del Derecho Fundamental²¹.

- La readmisión del trabajador cuando media sentencia firme por despido nulo, debe ser en los términos en que se acordó, no pudiéndose alegar como excusa para su incumplimiento la falta de puesto de trabajo en el centro en el que prestaba servicios el trabajador, readmitirlo en distinto centro o con distinta categoría profesional.

- Si el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, éste lo podrá descontar de los salarios dejados de percibir.

- Cuando, durante dicho período, el trabajador hubiera percibido prestaciones por desempleo, la Entidad Gestora cesará su abono y reclamará las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, debiendo el empresario ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos.

- El empresario deberá instar el alta del trabajador en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido cotizando por ese período, que se considerará de ocupación cotizada a todos los efectos.

²¹ Tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia (art. 113 LRJS). De no cumplir el empresario con la readmisión, en plazos y forma establecidos legalmente, dará lugar a medidas de ejecución y sancionadoras.

Subsidiariamente en el supuesto que el juez no estimase la petición de nulidad se debería formular la acción de despido improcedente con las consecuencias legales que se conectan a dicha declaración²².

A la acción de despido, de acuerdo con el art. 25 LRJS puede acumularse procesalmente la de reclamación de salarios, tal y como lo permite el artículo 26.3 LRJS en relación con el 49 del ET y estos serán los resultantes de la diferencia entre los salarios abonados y percibidos y los que resultarían aplicación del convenio colectivo.

En todos los casos anteriores debe formularse conciliación previa en los términos legalmente establecidos en el art 63 de ET.

Por otro lado, no cabe la acción de modificación sustancial porque ya se ha producido el despido y ha caducado la acción; y en cualquier caso no sería una acción acumulable de acuerdo con las reglas de acumulación.

Paralelamente a la acción judicial se podría formular denuncia ante la Inspección de Trabajo en orden a que se iniciase por la Inspección el procedimiento de infracción, que en su caso podría dar lugar a un procedimiento de oficio por la Tesorería de la Seguridad Social.

Posteriormente, para el acto del juicio debía instarse en su momento prueba documental, contrato y las condiciones de trabajo, interrogatorio de la parte empresarial y si es posible testifical de personas que se encuentren en similares situaciones laborales. Por último, se debería tener en cuenta que la eventual inversión de la carga de prueba también se produce en el despido, además si el trabajador aporta indicios de la relación que aquí vendrían señalados por la inmediatez de los WhatsApp emitidos por el trabajador y el despido efectuado por la empresa, lo que puede generar la razonable sospecha de que se trata de una represalia de la empresa.

²² El empresario, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre (Art. 56 ET):
1. La readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación (56.2 Estatuto de los Trabajadores)
2.- Pago de la indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades

4.2 Posible Despido Colectivo

La cuestión que se plantea es la posibilidad relativa a que la empresa Mouve planteé un Despido Colectivo con ocasión de los cambios normativos referentes a las licencias VTC y el uso de aplicaciones como Uber en Cataluña. Esta hipótesis se debe conjugar con las acciones judiciales del Sr. Allué.

Al respecto debemos partir de un Despido Colectivo que sea teóricamente conforme al art.51 ET, pues con la información que se dispone parece lo más sensato²³.

Se debe tomar como punto de partida la regla general del art. 51.1 del ET, la cual establece que deberán computarse todas las «extinciones no inherentes a la persona del trabajador», y a la hora de proceder se han de computar estos junto a las extinciones contractuales fundadas en causas económicas, técnicas organizativas o de producción efectuadas en los 90 días anteriores.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia españolas, se ha entendido generalmente que los despidos disciplinarios en los que se reconoce la improcedencia ya se en sede judicial o extrajudicial, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Estos siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario y que se producen además por motivos no inherentes a la persona del trabajador, pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega la conducta personal del trabajador y posteriormente se reconoce que el despido disciplinario como nulo -petición principal- o subsidiariamente como improcedente.

A la vista de los datos disponibles, la empresa medita el despido a través del procedimiento del Despido Colectivo de unos 500 trabajadores por lo que resultaría innecesario por sobrepasar los límites del procedimiento aplicar el art. 51 ET al Sr. Allué.

Si la empresa a posteriori decide incluir al Sr. Allué en el procedimiento de Despido Colectivo negamos tal posibilidad.

Este letrado no puede aceptar que el despido del Sr. Allué sea tenido en cuenta para el despido colectivo puesto que ello implicaría calificar un despido en función de hechos posteriores al mismo. Salvo que la empresa acredite que el despido del Sr. Allué

²³ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/28/companias/1548707027_713644.html

forma parte de un mismo plan o conducta empresarial a efectos de su tratamiento unitario con los despidos posteriores. Si el despido disciplinario no obedece a un plan desarrollado en el tiempo, la alteración de la calificación de improcedente del despido a despido colectivo aparece como incoherente con el trabajador, ya que de otra forma su despido se hubiera podido basar por la empresa en causas técnicas, económicas u organizativas y no disciplinario. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 4890/2019 de 22 de septiembre de 2010.

Si existiese pronunciamiento judicial o conciliación anterior al procedimiento colectivo que calificara el despido como nulo o improcedente tampoco se podría aceptar un posterior cambio de calificación del despido disciplinario con carácter retroactivo para someterlo a un procedimiento de despido colectivo.

En este sentido Tribunal Supremo N.º 490/2018 de 9 de mayo de 2018, ha establecido que «la consideración del despido como improcedente no se sustenta en el eventual reconocimiento por la empresa de esa naturaleza, sino en todos los demás datos y elementos de juicio que expone el Tribunal para concluir que esa debe ser la calificación del despido debido a que la empresa ha pactado en aquella conciliación el pago de una determinada indemnización ».

Se debe reiterar que la intención o acto no está acreditada, esto es, no puede entenderse acreditada en relación con los posibles futuros despidos objetivos a causa del Despido Colectivo y, a falta de otros datos, se considera en el presente dictamen la existencia de unos motivos de represalia al trabajador como verdadera causa del despido y por lo tanto, no puede atribuirse el despido del Sr. Allué al procedimiento de Despido Colectivo.

V. CONCLUSIONES

El Sr. Allué es exponente de un fenómeno de gran atención jurisprudencial en este momento, no por ser un fenómeno nuevo, ya que siempre ha existido la figura del *falso autónomo*, sino por los nuevos instrumentos ligados a las nuevas tecnologías a través de las cuales se desarrolla.

Este fenómeno -el uso de falsos autónomos- tiene su explicación en el ahorro de costes que supone para las empresas contar con trabajadores por los que no tiene que cotizar al Régimen General de la Seguridad Social ni a los que les sea de aplicación el contenido del Estatuto de los Trabajadores. Si bien el Sr. Allué formalizó contrato como TRADE y se inscribió como tal, sin embargo la realidad es que se puede encuadrar como *falso autónomo* porque existen indicios suficientes de ajenidad y dependencia características de una relación laboral

Es importante decir que el contrato firmado entre ambas partes no asegura que el Sr. Allué sea un trabajador autónomo económicamente dependiente, porque los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que le den las partes. De esta manera será obligación del empresario la de encuadrar correctamente a los trabajadores y los contratos de su plantilla.

Respecto de las Modificaciones Sustanciales de las Condiciones de Trabajo se aprecia que nos encontramos ante un supuesto de modificación de condiciones de trabajo del artículo 41.1, a, b y d, ET. Dichas modificaciones afectaron a las condiciones laborales del trabajador siendo decisión unilateral del empresario, con carácter sustancial y fundadas en causas, organizativas y técnicas de la producción pero la empresa no siguió las formalidades previstas para una modificación sustancial de carácter colectivo.

Pese a la ilegalidad manifiesta, el carácter ejecutivo de la medida modificativa y el periodo de caducidad de 20 días hábiles a computar desde la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores lleva a la imposibilidad de ejercer cualquier acción en beneficio del Sr. Allué por cuanto las modificaciones se ejecutaron en el año 2018. Además la relación laboral se ha extinguido.

Otro aspecto para comentar es la posible vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva a través de la Garantía de Indemnidad existiendo evidencias de tal vulneración y por tanto la viabilidad de acciones para que se reconozca.

De acuerdo con la argumentación dada a lo largo del presente dictamen se solicitará:

- El reconocimiento de laboralidad.
- La declaración de nulidad y subsidiariamente improcedencia del despido previo intento de conciliación

- Se abonen los salarios calculados conforme al Convenio Colectivo aplicable.
- Se acumulará a la demanda en su momento la reclamación de los salarios adeudados resultantes de diferencia.
- Se instará denuncia ante la inspección de trabajado por falta de alta en la Seguridad Social y cotización con el objetivo en su caso de que inicie procedimiento de oficio por la Tesorería de la Seguridad Social.

Es obligación del empresario encuadrar correctamente al Sr. Allué , por lo que si se demuestra la relación laboral por cuenta ajena, la empresa deberá cotizar a la Seguridad Social por él y por el tiempo pasado con una retroactividad de hasta 4 años, reintegrando las cuotas abonadas por el Sr. Allué a la Seguridad Social.

De no llegar al citado acuerdo, se interpondrá demanda ante la Jurisdicción Social, y jugando con la circunstancia de que en este supuesto concreto la empresa no tiene interés en que haya una sentencia que determine que el trabajador es un falso autónomo, y que el propio trabajador está conforme con finalizar la relación que a la demandada, será de capital importancia, para dar satisfacción a sus intereses, hacer uso de las diversas oportunidades de conciliar o de llegar a un acuerdo que median entre el momento en que se admite a trámite la demanda y el día de la vista, e incluso cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo en el propio juzgado, ya ante el Letrado de la Administración de Justicia, ya antes de entrar en sala.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 25 de noviembre de 2019.

Adrián Sampietro Trallero

VI. BIBLIOGRAFÍA

Manuales

MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 138.

Memento Práctico Social, Francis Lefebvre El Derecho, Madrid, 2019.

Recursos electrónicos

- https://www.elespanol.com/economia/empresas/20170704/228728058_0.html
- https://uberregulatorydocuments.s3.amazonaws.com/country/united_states/p2p/RASIER%20Technolgy%20Services%20Agreement%20December%2010%202015.pdf?_ga=1.59528685.1558445318.14539006
- https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/28/companias/1548707027_713644.htm

Jurisprudencia

- Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 127/2018, de 8 de febrero. - ECLI: ES:TSJM:2010:17887 Id Cendoj: 28079340022010100782
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, nº 490/2018, de 9 de mayo de 2018, rec.110/2017 ECLI: ES:TS:2018:1991 Id Cendoj: 28079140012018100463
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, nº 1991/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1991 09/05/2018 Id Cendoj: 28079140012018100463
- Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social nº 589/2018 de 8 de febrero de 2018 ECLI: ES:TS:2018:589 Id Cendoj: 28079140012018100119
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, nº 4782/2016, de 12 de septiembre de 2016. Id Cendoj: 28079140012016100759 . ECLI: ES:TS:2016:4782
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social nº 6611/2019 de 19 de septiembre ECLI: ES:TSJM:2019:6611 Id Cendoj: 28079340042019100471

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, nº 829/2010 de 2 de diciembre de 2010 ECLI: ES:TSJM:2010:17887 Núm. Roj: STSJ M 17887/2010
- Sentencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, nº 4890/2010 de 22 de septiembre de 2010 ECLI: ES:TSJCL:2010:4890 Id Cendoj: 47186340012010101575
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, nº 2717/1999, de 16 de marzo de 1999. ECLI:ES:TSJCAT: 1999:2717 Id Cendoj:08019340011999106807
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº7/1993, de 18 de enero (*BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993*) ECLI:ES:TC:1993:7
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/1993, de 18 de enero (*BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993*) ECLI:ES:TC:1993:14
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 21/1992, de 14 febrero (*BOE núm. 66, de 17 de marzo de 1992*) ECLI:ES:TC:1992:21