

DISPUTAS FEBRERO 2019

FALSOS AUTÓNOMOS: MEDIDAS ANTIFRAUDE LABORAL Y SANCIÓN AD HOC

Por Juan Carlos Lombardia

La figura del “falso autónomo” es noticia a día de hoy. No solo por casos mediáticos como Deliveroo o Uber, sino por ser una de las prácticas fraudulentas más habituales en el ámbito de las relaciones laborales, con una cifra estimada de entre 100.000 y 200.000 casos en España.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR FALSO AUTÓNOMO?

Un falso autónomo es aquella persona que, cumpliendo con las notas características de una relación laboral ordinaria, está encuadrada fraudulentamente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Tal circunstancia comporta para la empresa un ahorro en los costes a corto plazo, pero también un riesgo de graves consecuencias económicas.

Las referidas notas características de una relación laboral están establecidas en el artículo 1 del 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:

- Voluntariedad: la prestación de servicios se realiza voluntariamente por parte del empleado.
- Retribución: en función del tiempo dedicado a la prestación de servicios y no al resultado final del trabajo encomendado es una nota definitoria de la relación laboral ordinaria.
- Ajenidad: el empleado es ajeno a los frutos, riesgos, organización y recursos.
- Dependencia: se trata de la nota más significativa para determinar la laboralidad de una relación jurídica. La prestación de servicios se desarrolla dentro del ámbito de dirección y organización del empresario.

En ocasiones, la distinción entre una relación laboral ordinaria y una de falso autónomo resulta confusa, siendo elementos distintivos de la existencia de un falso autónomo los que se enumeran a continuación:

- Los horarios vienen determinados por el empleador.
- El empleado presta sus servicios con los medios materiales de la empresa.
- La retribución es regular y por una cuantía fija.
- El empleador da instrucciones al empleado acerca de sus funciones.
- Integración del empleado en el organigrama de la empresa.
- La prestación de servicios se lleva a cabo en las instalaciones de la empresa.

No obstante, deberán analizarse las circunstancias de cada situación concreta para determinar si se trata de una correcta relación jurídica entre empresario y autónomo o si, por el contrario, nos encontramos ante una relación laboral fraudulenta.

DISPUTES FEBRUARY 2019

FALSE SELF-EMPLOYED: OCCUPATIONAL ANTI-FRAUD MEASURES AND AD HOC PENALTIES

By Juan Carlos Lombardia

The concept of “false self-employed” is news today. Not only media cases such as Deliveroo or Uber, but also for being one of the more usual fraudulent practices within labour relationships, with an estimated volume between 100,000 and 200,000 cases in Spain.

I. WHAT IS MEANT BY FALSE SELF-EMPLOYED?

A false self-employed is such person who, fulfilling the characteristics of an ordinary employment relationship, is fraudulently registered with the Special Regime of Self-Employed (RETA, as per the acronym in Spanish). Such circumstance implies for the company short-term cost saving, but also a risk of serious financial consequences.

The aforementioned characteristics of an employment relationship are established in article 1 of Royal Legislative Decree 2/2015, of 23 October, approving the Redrafted Text of the Workers’ Statute Law:

- Voluntary: the provision of services is carried out voluntarily by the employee.
- Remuneration: it is adjusted to the time spent in the provision of services and not to the final outcome of the work entrusted, which is a defining note of the ordinary employment relationship.
- Employment by a third party: the employee is indifferent to the fruits, risks, organisation and resources.
- Subordination: it is the most significant characteristic to determine the employment nature of a legal relationship. The provision of service is developed within the management and organisation scope of the employer.

The distinction between an ordinary employment relationship and a false self-employed is sometimes confusing, the distinctive elements of the existence of a false self-employed being those below:

- Timing determined by the employer.
- The employee provides his/her services with the material means of the company.
- The remuneration is regular and for a fixed amount.
- The employer instructs the employee on his/her duties.
- Integration of the employee within the company organisational chart.
- The provision of services is carried out at the company facilities.

However, the circumstances of each specific situation must be analysed to determine if it is a correct legal relationship between the businessman and the self-employed or if, otherwise, we are dealing with a fraudulent employment relationship.

II. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN COMO FALSO AUTÓNOMO

Tal y como se ha indicado, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral encubierta mediante la figura del falso autónomo puede comportar una serie de consecuencias negativas para la empresa:

- En caso de terminación de la relación laboral, el empleado puede reclamar frente a la empresa ante la Jurisdicción Social por la improcedencia o nulidad del despido, así como reclamar por las cantidades que hubieran podido derivarse de la existencia de una relación laboral de carácter ordinario.

Así pues, la calificación del despido como improcedente permitirá a la empresa optar entre (1) la readmisión del empleado, abonándole los salarios de tramitación desde la fecha del despido y hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia, o (2) el abono de la indemnización por despido improcedente, consistente en una cantidad equivalente a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, prorrateándose por mes los periodos de tiempo inferiores a un año. En el caso de que la relación laboral fuera anterior al 12 de febrero de 2012, deberá abonar la cantidad equivalente a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades hasta el día 12 de febrero de 2012, y de 33 días de salario por año de servicio desde esa fecha en adelante.

En cambio, la calificación del despido como nulo obligará a la empresa a efectuar la inmediata readmisión del empleado con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido y hasta el día de la readmisión, sin perjuicio de la posibilidad de ser condenada a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al empleado.

- 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 (en adelante, LISOS) prevé como una infracción grave el hecho de no solicitar el alta en la Seguridad Social de los empleados que ingresen al servicio de la empresa, estableciendo una sanción económica consistente en multas que oscilan desde los 3.126 hasta los 6.250 Euros en su grado mínimo, desde los 6.251 hasta los 8.000 Euros en su grado medio y desde los 8.000 hasta los 10.000 Euros en su grado máximo. Las anteriores sanciones se impondrán por cada uno de los empleados afectados.
- La Seguridad Social podrá reclamar a la empresa el pago de las cotizaciones no abonadas por un periodo de 4 años. Adicionalmente, el incumplimiento del pago de las cuotas que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social se traduce en una infracción de carácter muy grave, sancionada de conformidad con la LISOS, con multa, en su grado mínimo del 100,01% al 115% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; con multa en su grado medio del 115,01% al 130%; y multa en su grado máximo del 130,01% al 130%.

II. CONSEQUENCES FOR BEING QUALIFIED AS A FALSE SELF-EMPLOYED

As explained above, recognition of the existence of a concealed employment relationship under the concept of the false self-employed may imply certain negative consequences for the company:

- In the event of termination of the employment, the employee may claim against the company before the Labour Jurisdiction for the unfairness or nullity of the dismissal, as well as for the amount that could have accrued from the existence of an ordinary employment relationship.

The qualification of the dismissal as unfair will hence allow the company to opt between (1) the reinstatement of the employee, paying the employee the back pays as of the dismissal date until the notice of the judgment declaring the unfairness, or (2) payment of the compensation for wrongful dismissal, consisting of an amount equivalent to 33 days of salary per year of service with a maximum of 24 monthly payments, the periods of time shorter than one year being monthly pro-rated. In the event that the employment is earlier than 12 February 2012, the employer shall pay the amount equivalent to 45 days of salary per year of service with a maximum of 42 monthly payments until 12 February 2012, and of 33 days of salary per year of service from then on.

On the contrary, the qualification of the dismissal as null will oblige the company to immediately reinstate the employee, paying all back pays as of the dismissal date until the date of the reinstatement, notwithstanding the possibility of being sentenced to pay the relevant compensation for the damages caused to the employee.

- Royal Legislative Decree 5/2000, of 4 August, approving the redrafted text of the Act on Labour Infringements and Penalties (hereinafter LISOS as per its Spanish acronym) provides for the fact of not requesting the registration with the Social Security of employees joining the company, as a serious infringement, establishing a monetary penalty consisting of fines with a minimum range from 3,126 to 6,250 Euros, a middle range from 6,251 to 8,000 Euros and a maximum range from 8,000 to 10,000 Euros. These penalties will be imposed for each of the employees affected.
- The Social Security may claim from the company the payment of all unpaid contributions for a 4-year term. In addition, non-payment of the contributions collected for all concepts by the General Treasury of the Social Security means a very serious infringement, sanctioned pursuant to the LISOS with a fine of a minimum range from 100.01% to 115% of the amount of the unpaid SS contributions and other concepts of joint collection, including charges, interests and costs; a middle range from 115.01% to 130%; and a maximum range from 130.01% to 130%.

III. NOVEDADES EN MATERIA DE DETECCIÓN Y SANCIÓN DEL FALSO AUTÓNOMO

Tanto Inspección de Trabajo como el Gobierno han introducido recientemente medidas para tratar de erradicar, o al menos detectar y minorar, la cantidad de falsos autónomos.

Por un lado, en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020 se han previsto las siguientes líneas de actuación:

- 1) Elaboración de protocolos y guías de actuación que permitan la detección de aquel trabajo desarrollado por falsos autónomos.
- 2) Establecimiento conjunto de un nuevo sistema de detección mediante cruce de datos con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social.
- 3) Diseño de un sistema para la búsqueda de empresas interpuestas que promueven habitualmente esta tipología de fraude.

Por otro lado, mediante el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, se ha introducido un nuevo apartado en el artículo 22 de la LISOS, concediendo la categoría de infracción grave a la comunicación de la baja en un régimen de la Seguridad Social de empleados por cuenta ajena si estos continúan con la misma actividad laboral o mantienen idéntica prestación de servicios, sirviéndose para ello de un alta indebida en un régimen de empleados por cuenta propia.

La nueva infracción grave tiene prevista una sanción, por cada empleado asalariado traspasado fraudulentamente al régimen de autónomos, consistente en multa, en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 Euros, en su grado medio, de 6.251 a 8.000 Euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 Euros.

Esta medida tiene por objeto evitar la creación de nuevos falsos autónomos y, concretamente, surge como consecuencia de que la base mínima de cotización de los autónomos se haya situado por debajo de la base mínima del régimen general, lo que sin duda podría incentivar la utilización de dicha figura.

III. INNOVATION ON DETECTING AND PENALISING FALSE SELF-EMPLOYED

Both the Labour and Social Security Directorate and the Government have recently introduced measures to try to eradicate or, at least, detect and reduce the volume of false self-employed.

On the one hand, the Strategic Plan of the Labour and Social Security Directorate for the period 2018-2020 have provided for the following lines of action:

- 1) Preparation of protocols and guides of action which allow detecting work performed by false self-employed.
- 2) Joint establishment of a new detection system under cross-matching of data with the State Agency of Tax Administration and the General Treasury of the Social Security.
- 3) Design of a system to detect conduit companies that currently encourage this type of fraud.

On the other hand, Royal Decree-Law 28/2018, of 28 December, for the re-valuation of public pensions and other urgent measures in the social, labour and employment scope, has introduced a new section in article 22 of the LISOS, which considers the communication of the cancellation in a Social Security regime of salaried workers as a serious infringement, provided that they continue with the same labour activity or maintain the same provision of services, by unduly registering them with a self-employed regime to this end.

This new serious infringement is provided for a penalty, per salaried worker fraudulently transferred to the self-employed regime, consisting of a fine with a minimum range from 3,126 to 6,250 Euros, a middle range of 6,251 to 8,000 Euros and a maximum range of 8,001 to 10,000 Euros.

This measure is aimed at preventing the creation of new self-employed and, particularly, arises as a result of the minimum base for contributions of self-employed being now below the minimum base of the general regime, which could undoubtedly boost the use of such modality.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: UN NUEVO PASO HACIA LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

Por David García-Feliu

No cabe la menor duda de que las nuevas tecnologías tienen un gran impacto no solo en la sociedad en general, sino también en las relaciones laborales, obligando a una constante adaptación, tanto de la legislación y jurisprudencia como de la propia concepción de los operadores jurídicos.

A tal efecto, con la entrada en vigor el 7 de diciembre de 2018 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se introducen diversas medidas novedosas en el ámbito laboral con el objeto de, tal y como expone la propia Ley, reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

Concretamente, en el artículo 88 de la referida Ley Orgánica se regula y reconoce por primera vez en España el derecho a la desconexión digital de los empleados fuera del horario de trabajo, a los efectos de respetar su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su derecho a la intimidad personal y familiar.

No obstante, el derecho a la desconexión digital no es absoluto, ya que deberá ejercitarse atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral, estando asimismo condicionada su aplicación a lo que se establezca en la negociación colectiva o, en defecto de esta, a lo acordado entre la empresa y la Representación Legal de los Trabajadores.

En ese sentido, en el mismo artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales se establece que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, deberá elaborar una política interna dirigida a sus empleados en la cual definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, así como las acciones encaminadas a la formación y sensibilización de todo el personal acerca del uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Adicionalmente, se realiza una especial mención a la necesidad de preservar el derecho a la desconexión digital para los empleados que presten servicios total o parcialmente mediante la modalidad de trabajo a distancia o en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Así pues, el derecho a la desconexión digital se incorpora al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores a través un nuevo artículo, el 20 bis, el cual prevé lo siguiente:

“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.”

Del mismo modo, el derecho a la desconexión digital se reconoce para los empleados públicos mediante la incorporación de la letra j) bis, en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION: A NEW STEP TOWARDS BALANCING WORK AND FAMILY LIFE

By David García-Feliu

New technologies certainly have a strong impact, not only on the society in general, but also on employment relationships, thus obliging to be constantly adapting both legislation and case law and the legal operator concept itself.

To this end, several new measures within the labour scope have been introduced under Organic Law 3/2018, of 5 December, on Personal Data Protection, which came into force on 7 December 2018. This law is aimed at, as explained in the law, recognising and guaranteeing a range of digital rights of citizens pursuant to that set forth in article 18.4 of the Spanish Constitution.

Particularly, article 88 of the aforementioned Organic Law regulates and recognises for the first time in Spain the right to digital disconnection of employees out of their working hours in order to respect their rest time, permits and holidays, as well as their right to personal and family privacy.

However, the right to digital disconnection is not absolute, since the same must be exercised considering the nature and purpose of the employment, its application being conditional on that established in the collective negotiation or, on a subsidiary manner, that agreed between the company and the Workers' Legal Representatives.

In this regard, the same article 88 of the Organic Law on Personal Data Protection and guarantee of digital rights establishes that the employer, prior discussion with the workers' representatives, shall prepare an internal policy for its employees defining the modalities to exercise the right to disconnection, as well as the actions towards training and awareness of personnel on a reasonable use of technological tools to prevent the risk of computing fatigue.

In addition, special mention is made to the need to preserve the right to digital disconnection for employees performing their services totally or in part under the modality of remote work or working from home related to the use of technological tools for professional purposes.

Therefore, the right to digital disconnection has been incorporated into the Redrafted Text of the Workers' Statute Law under a new article, 20 bis, which sets forth as follows:

“Workers are entitled to privacy in the use of digital devices made available by the employer, to digital disconnection and privacy against the use of video-monitoring and geolocation devices in the terms established in the legislation in force on personal data protection and guarantee of digital rights.”

Similarly, the right to digital disconnection is recognised for public officers by means of the incorporation of section j) bis, in article 14 of the Redrafted Text of the Basic Statute of the Public Officer Act.

Pues bien, en ese sentido, la regulación en materia laboral sobre la nueva realidad del uso informático debe ser complementada con el desarrollo de políticas internas y cláusulas contractuales en las que se definan correctamente los límites de la conocida como desconexión digital.

No obstante, en ningún caso pueden entenderse las comunicaciones de la empresa dirigidas al empleado como una prohibición rotunda, ya que en múltiples ocasiones la naturaleza del puesto de trabajo justifica por sí misma la ponderación y uso proporcional del derecho a la desconexión digital. Algunos casos frecuentes son los de aquellos empleados que debido al desarrollo de sus trabajos en régimen de guardia localizable deben mantener activos sus dispositivos de localización para, llegado el momento, poder cubrir una necesidad extraordinaria de la empresa (y que van asociados a una determinada compensación económica).

En este caso, se considera la regulación al respecto de la desconexión digital como un principio inspirador en las relaciones laborales que debe permitir a aquellos empleados que desarrollan funciones en horarios ordinarios de trabajo, poner una limitación en el acceso y disponibilidad a sus obligaciones profesionales.

Con anterioridad a la presente novedad legislativa, algunas de las grandes empresas ya habían introducido en sus correspondientes Convenios Colectivos o Acuerdos de Empresa regulación al respecto para garantizar el adecuado disfrute del descanso de sus empleados.

Una vez ha trascendido la aplicación efectiva de la desconexión digital, son muchas las empresas que han decidido implementar en sus políticas internas bases en lo referente a la conciliación familiar y laboral que eviten el desgaste informático de sus empleados.

En los últimos años, lo cierto es que se han experimentado altos niveles de estrés y supuestos de burn out en trabajos especialmente vinculados a puestos de oficina cualificados que exigen un alto grado de coordinación y seguimiento. A todo ello, debe sumarse el hecho de que al igual que en otros aspectos sociales, la globalización y el factor internacional de los negocios, comporta inevitablemente que un gran número de profesionales en activo deba adaptar su disponibilidad a los distintos horarios de clientes, superiores jerárquicos, colaboradores, proveedores, etc.

En ese sentido, el derecho a la desconexión digital de los empleados no debe entenderse como una limitación para la dirección de las empresas, a quienes resulta aplicable, sino también como una herramienta para mejorar los niveles de productividad vinculados a un mejor clima laboral y establecer unas dinámicas positivas dentro de la organización. Asimismo, el hecho de delimitar la jornada laboral de los empleados es un factor esencial para evitar la pérdida de eficiencia y eficacia de los recursos humanos que desarrollan la actividad profesional concreta.

In this regard, employment regulation on the new reality of computing use must be complemented with the development of internal policies and contractual clauses correctly defining the limits of the so-called digital disconnection.

However, in no event must communications of the company to the employee be understood as a resounding prohibition, since on many occasions the nature of the job justifies the weighing and proportional use of the right to digital disconnection. It is frequent the case of employees who, due to performing their jobs under the on-call modality, must keep their location devices to, if required, cover an extraordinary need of the company (and which are associated to a certain financial compensation).

In this case, regulation on digital disconnection is considered as an inspiring principle in employment relationships, which must allow employees performing duties in ordinary working hours to set limits in the access and availability to their professional obligations.

Before this legislative innovation, some of the major companies have already introduced in their relevant Collective Bargaining Agreements or Company Agreements, regulations on this issue to ensure the appropriate rest of their employees.

After the effective application of the digital disconnection has come to public attention, many companies have decided to implement in their internal policies basis regarding balancing work and family life, which prevent the computing wear of their employees.

In recent years, the truth is that high levels of stress and alleged burn out are being suffered in jobs particularly associated to qualified office work that requires a high degree of coordination and monitoring. We must add the fact that, as in other social aspects, globalisation and the international factor of business inevitably implies that a great number of professionals on duty must adapt their availability to the different working time of their clients, line managers, collaborators, suppliers, etc.

In this regard, the right to digital disconnection of employees must not be understood as a limitation for the company management, to which this right also applies, but as a tool to improve the productivity levels associated to a better labour environment and establish positive dynamics within the organisation. Similarly, the fact of defining the working time of employees is an essential factor to prevent such human resources that develop the specific professional activity, from losing efficiency and efficacy.

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal. Si tiene comentarios o preguntas relacionadas con el contenido de la presente Newsletter, le agradeceremos contacte con nosotros por e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: www.bartolomebriones.com

Legal Newsletter is published for clients and friends of the firm. The published articles do not constitute a legal opinion. If you have any comments or questions regarding the content of this Newsletter, we would appreciate contact us by e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
For more information and articles, please see our website: www.bartolomebriones.com

©2019 Bartolome & Briones, SLP. Derechos Reservados

